

جامعة أحمد دراية - أدرار

كلية العلوم الإنسانية والاجتماعية والعلوم الإسلامية



قسم العلوم الإسلامية

حماية الثقة في المعاملات المالية في الشريعة الإسلامية - تأصيلا وتنزيلا -

مذكرة مقدمة لنيل درجة الماجستير
تخصص: فقه وأصوله

إشراف الأستاذ:
د/ محمد بلعتروس

إعداد الطالبة:
أم الخير حماوي

لجنة المناقشة:

جامعة أدرار	رئيساً	أستاذ محاضر (أ)	د/ محمد جرادي
جامعة أدرار	مشرفاً ومقرراً	أستاذ محاضر (أ)	د/ محمد بلعتروس
جامعة أدرار	مناقشاً	أستاذ محاضر (أ)	د/ أحمد رقادى
جامعة أدرار	مناقشاً	أستاذ محاضر (أ)	د/ جيلاني قالون

الموسم الجامعي: 1436 - 1437 هـ

2015 - 2016 م

بِسْمِ اللَّهِ الرَّحْمَنِ الرَّحِيمِ

قال الله تعالى:

﴿يَأْتِيهَا الَّذِينَ ءَامَنُوا لَا تَأْكُلُوا أَمْوَالِكُمْ بَيْنَكُمْ بِالْبَاطِلِ إِلَّا أَنْ

تُكُونَ تِجَارَةً عَن تَرَاضٍ مِّنكُمْ﴾ سورة النساء: الآية (29)

شكر وعرفان

﴿رَبِّ أَوْزَعْنِي أَنْ أَشْكُرَ نِعْمَتَكَ الَّتِي أَنْعَمْتَ عَلَيَّ وَعَلَىٰ وَالِدَيَّ وَأَنْ أَعْمَلَ صَالِحًا تَرْضَاهُ وَأَصْلِحْ لِي فِي ذُرِّيَّتِي ۗ إِنِّي تُبْتُ إِلَيْكَ وَإِنِّي مِنَ الْمُسْلِمِينَ﴾ سورة الأحقاف:
الآية(15).

فالحمد لله الذي أنعم علينا بما لا يسعنا عده ولا إحصاؤه
إلى من أعانني على خوض غمار البحث العلمي مرشدا وموجها إلى أستاذي المشرف
الدكتور محمد بلعتروس
إلى الأستاذ العربي عبد الرحمان على مراجعته لهذا البحث من الجانب اللغوي
إلى الأستاذ بن دحمان عمر على إفادتي ببعض النصائح والتوجيهات
إلى جميع أساتذتي ومعلمي الذين كان لهم الفضل في نيلي هذه الدرجة
إلى عمال وعاملات المكتبة المركزية بجامعة أدرار
إلى كل من مد لي يد العون ولو بالكلمة الطيبة

أتوجه بالشكر والتقدير، وجزاهم الله عني بخير ما يجازي به عباده الصالحين.

إهداء

إلى روح والدي رحمه الله برحمته الواسعة
إلى والدتي التي كان لها الفضل فيما وصلت إليه، متعها الله بالصحة والعافية
إلى زوجي الذي أقر له بالفضل العظيم بعد الله سبحانه وتعالى في إتمام
دراستي الجامعية، فكان لي نعم العون ونعم السند
جزاه الله عني بخيري الدنيا والآخرة
إلى أولادي: طه، ورفيدة، ويحي، ومعاذ، ومحسن
بارك الله لي فيهم
إلى إخوتي، وزوجاتهم، وزوجة خالي
أهدي ثمرة هذا البحث

المقدمة

الحمد لله الذي جَلَّ عن شبه الخليفة، وتنزّه عن الظلم، وعدل في أحكامه، وأحسن رفقا بعباده، تحيرت في عظمته الأفكار، القادر الذي لا يدركه العجز، والعالم الذي لا يلحقه الجهل.

والحمد لله الذي بعث محمدا صلى الله علي وسلم بالدلائل الواضحة، والحجج القاطعة، بشيرا ونذيرا، فبلغ الرسالة وأدى الأمانة، صلى الله عليه وسلم وعلى آله وصحبه ومن والاه بإحسان إلى يوم الدين .

وبعد:

فإن الله سبحانه وتعالى قد فطر الإنسان على حب المال، واستجابة لهذه الفطرة أتاح له التعامل في أشكال وصور متنوعة، تفي بمتطلبات معاشه.

ولما كان الأصل في الأموال التحريم، أولى الفقه الإسلامي المعاملات المالية اهتماما بالغا، وعناية فائقة، فرسم لكل معاملة حدودا أطلق للناس حرية التعامل في نطاقها على الوجه الذي يحقق مصالحهم، ومنع تجاوزها، كما أقامها على مبادئ وقواعد بديعة من الأخلاق والعدالة، وأحاطها بضوابط حكيمة ترفع الظلم وتدفع الضرر عنهم.

والفقه الإسلامي بواقعيته يساير المستجدات التي تطرأ على ميدان التعامل المالي، ويستجيب لمتطلبات الحياة العملية، ومن ثمة يسعى جادا في البحث عن حلول فقهية تحقق استقرار التعامل وثبات نتائج المعاملات، من خلال رعاية حقوق المتعاملين بحسن نية، أو مراعاة الظواهر الجديرة بالرعاية، متى لم يخل ذلك إخلالا مؤثرا بصحة التعامل. الأمر الذي يضع الفقه الإسلامي أمام تحدّ كبير في الموازنة بين الظواهر التي تعتري العقود من جهة، والأحوال التي تعتري العاقدين من جهة ثانية، وهو موقف يدق لا سيما إن تعارض استقرار التعامل مع الإرادة الحقيقية للعاقد، أو مع ما يقتضيه العقد المشتمل على سبب مغلّ بأصله أو مؤثر في استمراره.

والعامل الأساسي في التوفيق بين جميع الاعتبارات هو حماية الأفراد فيها؛ فتأمين الثقة في المعاملات المالية يتحقق باحترام إرادة العاقدين، إلى جانب إضفاء الاستقرار على التعامل، وهذا هو الأصل في العقود. وكلما اختلّ التوازن بينهما، التمسنا الحل الوسط بإعمال هذا المبدأ، حتى لا نقع في الإفراط أو التفريط.

ومبدأ حماية الثقة في المعاملات المالية، يشهد لاعتبار الشارع له جملة من الأصول المقررة في فقه المعاملات المالية؛ كالبنية الشكلية للعقود، وصفة اللزوم فيها، كما يشهد لاعتباره جملة من الفروع المبنوثة في شتى أبوابه، التي أولاهها الفقهاء عناية بالغة، بقصد تحقيق التوازن والعدالة بين الأطراف المتعاقدة.

1/ أهمية الموضوع:

وتتجلى أهمية هذا الموضوع في النقاط التالية:

- أ/ يستمد البحث قيمته العملية من كونه ينصبّ على موضوع غاية في الأهمية: فالمعاملات بين الناس لا تستقر إلا بتوافر عنصر الثقة فيها، وثمره ذلك تتجلى في ازدهار التعامل ونمو الاقتصاد.
- ب/ تعكس هذه الدراسة خاصية الواقعية والمرونة التي يتمتع بها الفقه الإسلامي، لنقض ما يدعيه خصومه من أنه فقه جامد ومنغلق، لا يساير الواقع ولا يراعي مختلف اعتباراته.
- ج/ إن التأصيل والتنزيل الشرعيين لموضوع حماية الثقة في المعاملات المالية الشرعية لهما عملاقان بالغ الأهمية؛ لاتصالهما بتأسيس مبدأ هو من أهم مبادئ التعامل الشرعي.
- د/ يمتاز هذا الموضوع بالجدة والحيوية؛ لاعتنائه بمعالجة ظواهر معقدة متصلة بالواقع العملي، فضلا عن اعتنائه بجمع شتات الأحكام الفقهية الخاصة بهذا الموضوع، وصوغها في توليفة متناسقة.

2/ أسباب اختيار الموضوع:

- إن مما دفعني لبحث هذا الموضوع فضلا عن أهميته، هي الأسباب التي أوجزها فيما يلي:
- أ/ الرغبة في بحث المبادئ التي تحكم المعاملات المالية؛ لاتصال هذه الأخيرة اتصالا وثيقا بواقع الناس؛ فالإحاطة بقواعد التعامل الشرعي تعني تأطير قطاع مهم من حياة الناس، وصبغه بالصبغة الشرعية، وفي هذا قرينة لله تعالى، وعون للناس على إجراء معاملاتهم على بينة وهداية.
- ب/ محاولة الإطلاع على موقف الفقه الإسلامي من بعض صور التعامل المعقدة، ومعرفة الحلول المقدمة لها.
- ج/ محاولة الإسهام المتواضع في إغناء المكتبة الفقهية، بمثل هذه الدراسات النظرية التطبيقية؛ التي قد تلقي بعض الضوء على معضلات الصناعة الفقهية.

3/ أهداف البحث:

- تتجلى الأهداف المرجوة من هذه الدراسة فيما يلي:
- أ/ بيان حقيقة الثقة في المعاملات المالية، وإبراز أهميتها.
- ب/ الاستشهاد على أن الثقة في المعاملات محل رعاية الشريعة الإسلامية، وتأمينها هو أحد مبادئ ومقاصد فقه المعاملات المالية الشرعية.
- ج/ جمع شتات الأحكام الفقهية الفرعية الخاصة بهذا الموضوع، وصياغتها في نسق نظري متكامل.
- د/ بذل ما أمكن من الوسع في استقصاء مجالات الحماية وألوانها، التي بسطها الشارع على الثقة في المعاملات المالية.

4/ إشكالية البحث:

يكفل الفقه الإسلامي استقرار التعامل بين الناس، ويحرص على اجتناب الزعزعة والاضطراب في معاملاتهم. وتتلخص إشكالية هذه الدراسة في بحث أساس الحماية التي يوفرها الفقه الإسلامي لتأمين الثقة في المعاملات المالية، وبيان نطاق تلك الحماية من خلال إبراز صورها ووسائلها، وهو موقف يدق، لا سيما وأن استقرار التعامل قد يتنافى مع الإرادة الحقيقية للعاقدين، أو مع ما يقتضيه العقد في حالة اختلاله.

فمعضلة التوفيق بين هذه الاعتبارات، هي جوهر الإشكالية التي يتصدى لها هذا البحث تنظيراً، وتأصيلاً، وتطبيقاً، من منظور شرعي.

5/ منهج البحث:

يعتمد هذا البحث على منهج متعدد الجوانب والأبعاد، تبعاً لما تقتضيه طبيعة الموضوع، وتفصيله كالتالي:

أ/ اتبعت المنهج الاستقرائي في تتبع آراء الفقهاء بخصوص كل جزئية، لأخلص إلى الفكرة التي بني الحكم عليها.

ب/ اتبعت "المنهج التحليلي" في سبر وتحليل المعاملات المالية، قصد استكشاف ما تنطوي عليه من معاني وأحكام تشهد على قصد الشارع إلى حماية الثقة في تلك المعاملات.

ج/ اعتمدت المنهج المقارن استجابة لضرورة الموازنة بين آراء المذاهب الفقهية، إيماناً مني أن البحث المقارن طريق فذ إلى بلورة الموضوع، وإبراز فكرته.

6/ الدراسات السابقة:

الحقيقة أنني لم أقف حسب مطالعتي المتواضعة لهذا الموضوع على بحث بهذا العنوان، يتناول مبدأ حماية الثقة في المعاملات المالية بالتفصيل الذي عني به هذا البحث، من منظور شرعي تأصيلي، مع بيان صور تلك الحماية وتطبيقاتها.

فالفقه الإسلامي القديم تناثرت فيه طائفة من الفروع الفقهية في مواطن عدة، تحتاج إلى تنسيق وبلورة، وإظهار في قالب تنظيري متكامل الأبعاد. وتمثل تلك الفروع رصيذا هاما للاستمداد منه في إنجاز هذا البحث.

أما الدراسات الحديثة التي تناولت بعض جزئياته، فلم أعر إلا على واحدة، وهي: حسن النية وأثره في التصرفات في الفقه الإسلامي والقانون المدني، للدكتور عبد الحليم عبد اللطيف القوني، رسالة منشورة (بدون بيانات).

وهناك بعض المراجع التي عنيت بمقارنة الشريعة الإسلامية بالقانون الوضعي، جمعت شتات معظم الجزئيات الخاصة بموضوع هذا البحث، أذكر منها:
أ/ مصادر الحق في الفقه الإسلامي للأستاذ الدكتور عبد الرزاق السنهوري.
ب/ المدخل الفقهي العام للأستاذ الدكتور مصطفى أحمد الزرقا.
استرشدت بهذين المرجعين في تحديد مسار هذا البحث، وهندسته بقدر كبير.

7/ الخطة الإجمالية للبحث:

ولتحقيق الأهداف المرجوة من هذا البحث اتبعت الخطة الإجمالية الآتية:

المقدمة

المبحث التمهيدي: مفهوم حماية الثقة في المعاملات المالية

المطلب الأول: معنى المعاملات المالية

المطلب الثاني: حقيقة حماية الثقة في المعاملات المالية

المطلب الثالث: أهمية الثقة في المعاملات المالية

الفصل الأول: التأصيل الشرعي لحماية الثقة في المعاملات المالية

المبحث الأول: بنية العقد ودلالاتها على حماية الثقة في المعاملات المالية

المطلب الأول: معنى العقد ودلالته على حماية الثقة في المعاملات المالية

المطلب الثاني: أركان العقد ودلالاتها على حماية الثقة في المعاملات المالية

المطلب الثالث: الباعث على التعاقد ودلالته على حماية الثقة في المعاملات المالية

المطلب الرابع: لزوم العقد ودلالته على حماية الثقة في المعاملات المالية

المطلب الخامس: الخيارات في العقود ودلالاتها على حماية الثقة في المعاملات المالية

المبحث الثاني: البطلان والفساد ودلالاتهما على حماية الثقة في المعاملات المالية

المطلب الأول: قاعدة "اقتضاء النهي الفساد" ودلالاتها على حماية الثقة في المعاملات المالية

المطلب الثاني: الأحكام الاستثنائية للبطلان الدالة على حماية الثقة في المعاملات المالية

المطلب الثالث: الفساد في المذهب الحنفي ودلالته على حماية الثقة في المعاملات المالية

الفصل الثاني: نطاق حماية الثقة في المعاملات المالية

المبحث الأول: حماية الثقة في نطاق احترام الإرادة الحقيقية

المطلب الأول: التنازع بين استقرار التعامل واحترام الإرادة الحقيقية

المطلب الثاني: مسلك الفقه الإسلامي في التوفيق بين عاملي احترام الإرادة الحقيقية واستقرار التعامل

المبحث الثاني: حماية الثقة في نطاق الملكية الظاهرة

المطلب الأول: حماية الثقة في نطاق الوكالة

المطلب الثاني: حماية الثقة في نطاق الفضالة

المطلب الثالث: حماية الثقة في نطاق الاستحقاق بالغصب

المبحث الثالث: حماية الثقة في نطاق التفليس

المطلب الأول: معنى التفليس والحجر وأنواع التفليس

المطلب الثاني: حماية الثقة بالحجر على المدين المفلس

المطلب الثالث: الآثار المترتبة على التفليس التي تحمي الثقة في التعامل مع المدين

المطلب الرابع: حماية الثقة بتقييد تصرفات المدين قبل التفليس عند المالكية

الخاتمة

المبحث التمهيدي:

مفهوم حماية الثقة في المعاملات المالية

*المطلب الأول: معنى المعاملات المالية

*المطلب الثاني: حقيقة حماية الثقة في المعاملات المالية

*المطلب الثالث: أهمية حماية الثقة في المعاملات المالية

موضوع الثقة في المعاملات المالية حساس ودقيق، والتعامل معه - في بادئ الأمر، وقبل الدخول في التفاصيل - يتطلب الوقوف على بعض المفاهيم، والمعاني التي تعد من صميم هذه الدراسة، فقد أعددت هذا المبحث ليكون بمثابة مدخل يمهد لتأصيل هذا المبدأ.

في المطلب الأول سأبين معنى المعاملات المالية، وفي الثاني سأبين حقيقة حماية الثقة في المعاملات المالية، وفي الثالث سأبين أهمية حماية الثقة في المعاملات المالية الشرعية.

المطلب الأول: معنى المعاملات المالية

تعد المعاملات المالية منطلق هذه الدراسة وأساسها، والبحث فيها يستلزم تسليط الضوء على معرّافها، وفي هذا المطلب سأبين معنى المعاملات المالية انطلاقاً من بيان معنى مفرديه: المعاملات، والمالية.

الهند الأول: تعريف المعاملات

يتضح معنى مصطلح المعاملات، بإيراد معنييه اللغوي والاصطلاحي.

أولاً/ تعريف المعاملات لغة: المعاملات: جمع معاملة، وهي مأخوذة من اسم الفاعل عامل، يقال عاملت الرجل معاملة في المبايعة، وغيرها⁽¹⁾.

وأصل مادة اشتقاقها⁽²⁾: العين والميم واللام، أصل واحد صحيح، وهو عام في كل فعل يفعل . يقال: أعمل فلان ذهنه في كذا وكذا إذا دبره بفهمه⁽³⁾.

وقد روي عن عمر بن الخطاب، أنه قال لابن الساعدي: "خذ ما أعطيت فإني عملت على عهد رسول الله صلى الله عليه وسلم فعملني"⁽⁴⁾؛ أي أعطاني عمالتي وأجرة عملي. ومنه يقال: أعملته وعملته، وقد يكون معنى عملته: وليته وجعلته عاملاً⁽⁵⁾.

¹ - أبو منصور محمد بن أحمد (الهروي)، تهذيب اللغة، تحقيق: محمد عوض مرعب، دار إحياء التراث العربي - بيروت، ط1: 2001م، ج2، ص/255.

² - أبو الحسين أحمد (ابن فارس)، معجم مقاييس اللغة، تحقيق: د/عبد السلام محمد هارون، دار الجبل - بيروت، ط 1: 1411هـ - 1991م، ج4، ص/145.

³ - الهروي، مرجع سابق، ج2، ص/255.

⁴ - رواه أبو الحسن مسلم بن الحجاج النيسابوري، المسند الصحيح المختصر بنقل العدل عن العدل إلى رسول الله صلى الله عليه وسلم، تحقيق: د/ فؤاد عبد الباقي، دار إحياء التراث العربي - بيروت، (بدون طبعة)، كتاب الزكاة، باب إباحة الأخذ لمن أعطي من غير مسألة ولا إشراف، ج2، ص/723 (112).

⁵ - أبو السعادات مجد الدين المبارك بن محمد (ابن الأثير)، النهاية في غريب الحديث والأثر، تحقيق: طاهر أحمد الزاوي، محمود محمد الطناحي، المكتبة العلمية - بيروت، ط: 1399هـ - 1979م، ج3، ص/300.

جاء في تهذيب اللغة⁽¹⁾: "يقال استعمل فلانا؛ إذا ولي عملا من إعمال السلطان"، واستعملت الثوب ونحوه⁽²⁾: أعملته فيما يعد له.

وجاء في النهاية⁽³⁾ أيضا: "الاعتماد افتعال من العمل كما ورد في حديث خبير: "أن رسول الله صلى الله عليه وسلم دفع إلى يهود خبير نخل خبير وأرضها، على أن يعتملوها من أموالهم، ولرسول الله صلى الله عليه وسلم شطر ثمرها"⁽⁴⁾؛ أي يقومون بما تحتاج إليه من عمارة وزراعة وتلقيح وحراسة، ونحو ذلك.

والعمالة: أجر ما عمل لك، والعملة هم الذين يعملون ضروريا من العمل حفرا، وطينا، ونحوه⁽⁵⁾.

قال تعالى في آية الصدقات: ﴿ وَالْعَمَلِينَ عَلَيْهِمْ ﴾ سورة التوبة: الآية (60)، وهم السعاة الذين يأخذون الصدقات من أربابها. وواحدهم عامل.

قال الهروي⁽⁶⁾: "المعاملة في كلام أهل العراق؛ هي المساقاة في كلام الحجازيين". فمعنى المعاملة إذن: هو أسلوب التصرف مع شخص ما⁽⁷⁾.

ثاني/ تعريف المعاملات اصطلاحا: يطلق لفظ المعاملات في اصطلاح الفقهاء على معان عدة، أذكر منها في هذا المقام معنيين:

1/ المعنى الأول: تطلق المعاملات بمعناها العام، ويراد بها: أسلوب التصرف بين الناس. فقد عرفها

¹ - الهروي، مرجع سابق، ج2، ص/255.

² - أبو العباس أحمد بن محمد بن علي (الفيومي)، المصباح المنير في غريب الشرح الكبير، الكتبة العلمية- بيروت، (بدون طبعة)، ج2، ص/430.

³ - ابن الأثير، مرجع سابق، ج3، ص/300.

⁴ - رواه مسلم في كتاب المساقاة، باب المساقاة والمعاملة بجزء من التمر والزرع، ج3، ص/1187 (1551).

⁵ - أبو عبد الرحمن الخليل بن أحمد (الفراهيدي)، كتاب العين، تحقيق: د/ مهدي المخزومي، د/ إبراهيم السامرائي، دار ومكتبة الهلال، (بدون طبعة)، ج2، ص/154.

⁶ - الهروي، مرجع سابق، ج2، ص/256.

⁷ - رينهارت بيتر أن دوزي، تكملة المعاجم العربية، وزارة الثقافة والإعلام- الجمهورية العراقية، ط 1: 1979م، ج7، ص/316.

ابن عابدين⁽¹⁾ بقوله: "المعاملات: هي ما كان المقصود منها في الأصل قضاء مصالح العباد، كالبيع والكفالة والحوالة".

وجاء في معجم لغة الفقهاء⁽²⁾: "المعاملات هي الأحكام الشرعية المتعلقة بالأمر الديني. وبمعنى آخر: هي الأحكام الشرعية المنظمة لتعامل الناس في الدنيا".
انطلاقاً من هذه التعريفات يمكن القول أن المعاملات يقصد بها كل ما يخص علاقات الأفراد ببعضهم، سواء كان في مال، أو نكاح، أو ما ينجر عنهما.

2/ المعنى الثاني: تطلق المعاملات على الأحكام المنظمة لتعامل الناس في مجال الأموال⁽³⁾. وهذا المعنى يستند إلى الإطلاق المعاصر لهذا المصطلح؛ ذلك أنه أصبح يصطلح به على التعامل في الأموال.

والأولى بالاعتبار هو المعنى الأخير؛ لأنه يتفق مع طبيعة العصر، الذي يتجه إلى الدراسات الجزئية المتخصصة، بدلا من الدراسات الكلية العامة.

البند الثاني: تعريف المالية

يتبين مصطلح المالية من خلال إيراد معنى المال: اللغوي، والاصطلاحي.

أولاً/ تعريف المالية لغة: المال: هو اسم لكل ما يدخل تحت ملك الإنسان، جاء في القاموس المحيط⁽⁴⁾: "المال ما ملكته من كل شيء".

يقال مال الرجل، يُمول، ويُمال مَوْلًا ومَوْلًا، إذا صار ذا مال⁽⁵⁾. وقال ابن الأثير⁽⁶⁾: "المال في الأصل ما يملك من الذهب والفضة، ثم أطلق على كل ما يقتنى ويملك من الأعيان. وأكثر ما يطلق

¹ - محمد أمين ابن عبد العزيز (ابن عابدين)، رد المحتار على الدر المختار، دار الفكر - بيروت، ط 2: 1412هـ - 1992م، ج4، ص/500.

² - د/ محمد رواس قلعة جي، د/حامد صادق قنبي، معجم لغة الفقهاء، دار النفائس للطباعة والنشر والتوزيع، ط 2: 1408هـ - 1988م، ص/438.

³ - د/ محمد عثمان شبير، المدخل إلى فقه المعاملات المالية، دار النفائس - الأردن، ط1: 2004م، ص/12.

⁴ - مجد الدين الفيروز آبادي، القاموس المحيط، تحقيق: مكتب تحقيق التراث في مؤسسة الرسالة، مؤسسة الرسالة - بيروت، ط8: 1426هـ - 2005م، ص/1059.

⁵ - جمال الدين ابن منظور، لسان العرب، دار صادر - بيروت، ط3: 1414هـ، ج11، ص/638.

⁶ - ابن الأثير، مرجع سابق، ج4، ص/373.

المال عند العرب على الإبل، لأنها أكثر أموالهم".

ومن هذا المعنى ما جاء في حديث رسول الله صلى الله عليه وسلم - أنه قال لعمر بن الخطاب رضي الله عنه: «خذ، فإما أن تموله، وإما أن تصدق به، وما آتاك الله من هذا المال وأنت غير مشرف عليه ولا سائله، فخذ، وما لا، فلا تتبعه نفسك»⁽¹⁾.

ثاني/ تعريف المالية اصطلاحاً : اختلف الفقهاء في تحديد معنى المال تبعاً لاختلافهم حول مفهومه ، وضوابطه، وقد سلكوا في هذا الخلاف اتجاهين⁽²⁾ هما:

1/ الاتجاه الأول: ويمثل هذا الاتجاه فقهاء الحنفية فقد عرفه ابن نجيم بقوله⁽³⁾: "المال ما يميل إليه الطبع، ويمكن ادخاره لوقت الحاجة، والمالية تثبت بتمول الناس كافة، أو بتقوم البعض. والتقوم يثبت بها، وبإباحة الانتفاع به شرعاً، فما يكون مباح الانتفاع بدون تمول الناس لا يكون مالاً".

ويستفاد من هذا التعريف أن ضوابط اعتبار الشيء مالاً عند فقهاء الحنفية هي:

أ/ كونه منافعاً به عرفاً وعادة؛ بحيث تميل الطباع إليه، وليس ممقوتاً كالدّم والميتة والسموم.

ب/ أن يكون الشيء قابلاً للدخار، وهذا يعني أن كل ما لا يمكن ادخاره، لا يعد مالاً عند الحنفية.

ج/ أما المنافع فليست في الأصل بمال عند الحنفية، ولكن تصير مالاً بالنظر إلى العقد الذي يتم عليها كالإجارة مثلاً⁽⁴⁾.

¹ - رواه أبو عبد الرحمن أحمد ابن علي النسائي، السنن الكبرى، تحقيق: حسن عبد المنعم شلبي، مؤسسة الرسالة - بيروت، ط1: 1421هـ - 2001 م، كتاب الزكاة، باب من آتاه الله مالاً من غير مسألة، ج3، ص/83 (2398). وأبو عبد الله أحمد بن محمد (ابن حنبل)، مسند الإمام أحمد ابن حنبل، تحقيق: د/ أحمد محمد شاكر، دار الحديث - القاهرة، ط 1: 1416هـ، مسند العشرة المبشرين بالجنة، حديث عبد الرحمن بن أبي بكر رضي الله عنه، ج 1، ص/283 (279). وأبو بكر عبد الله بن محمد (ابن شيبه)، الكتاب المصنف في الأحاديث والآثار، تحقيق: كمال يوسف الحوت، مكتبة الرشد - الرياض، ط1: 1409هـ، كتاب البيوع والأفضية، باب الرجل يهدي إلى الرجل أو يبعث إليه، ج4، ص/445 (21974).

² - د/ محمد عثمان شبير، المدخل إلى فقه المعاملات المالية، ص/68.

³ - زين الدين بن إبراهيم ابن نجيم، البحر الرائق شرح كنز الدقائق ومنحة الخالق، دار الكتاب الإسلامي، (بدون طبعة)، ج5، ص/277.

⁴ - علاء الدين أبو بكر بن مسعود (الكاساني)، بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع، دار الكتب العلمية، ط 2: 1406هـ - 1986م، ج4، ص/178.

ومن هذا المنطلق، فإن الإجارة عند الحنفية شرعت بخلاف القياس بقصد دفع حاجة الناس في تحصيل المنافع دون امتلاك أعيانها. فكانت بذلك استثناء لا أصلا، اشترطوا لصحتها مجموعة من الشروط⁽¹⁾ أذكر بعضها فيما يلي:

أ/ اشترطوا أن تكون المنفعة معرفة بما يمنع عنها الجهالة المفضية إلى المنازعة؛ كتحديد محل المنفعة.
ب/ واشترطوا أيضا أن تكون المنفعة مقصودة يعتاد استيفؤها بعقد الإجارة، ويجري بها التعامل بين الناس.

ج/ واشترطوا أن لا تكون الأجرة منفعة من جنس المعقود عليه؛ كإجارة السكنى بالسكنى، والخدمة بالخدمة، والزراعة بالزراعة.

2/ **الاتجاه الثاني:** ويمثل هذا الاتجاه، الجمهور من المالكية، والشافعية، والحنابلة، فقد عرفوه بتعريفات متقاربة المعنى، أذكر منها تعريف ابن العربي⁽²⁾ حيث قال: "وتحقيق المال، ما تتعلق به الأطماع، ويعتد للانتفاع به".

وعرفه الجزيري⁽³⁾ بقوله: "هو ما يميل إليه الطبع، ويدخر للانتفاع به وقت الحاجة، ولا تكون له قيمة في نظر الشرع؛ إلا إذا اجتمع فيه أمران:

أ/ الأمر الأول: أن يكون من شأنه الانتفاع به عند الحاجة إليه.

ب/ الأمر الثاني: أن يكون الانتفاع به مباحا شرعا".

وبالنظر في التعريفين السابقين يمكننا ترجيح تعريف الجمهور، لشم وله لكل ما من شأنه الامتلاك أو الانتفاع به، سواء كان عينيا، أو منفعة، أو حقا، في حين أننا نجد تعريف الحنفية مقصورا على ما توفرت فيه صفة الادخار؛ فهو قاصر عن العموم، لأن ما لا يصح ادخاره لا يمكن اعتباره مالا.

ثالثا/ تعريف المعاملات المالية: سبق تعريف المعاملات بأنها الأحكام الشرعية المنظمة لتعامل الناس في الدنيا. وهذا التعريف على سبيل الإطلاق، وبزيادة قيد المالية، فإنها تطلق على الأحكام الشرعية

1 - الكاساني، مرجع سابق، ج4، ص/ 18، 192، 194.

2 - القاضي محمد بن عبد الله أبو بكر ابن العربي، أحكام القرآن، راجعه: محمد عبد القادر عطا، دار الكتب العلمية- بيروت، ط3: 1424-2003م، ج1، ص/497.

3 - عبد الرحمان بن محمد عوض الجزيري، الفقه على المذاهب الأربعة، دار الكتب العلمية- بيروت، ط 2: 1424هـ-2003م، ج2، ص/135.

المنظمة لتعامل الناس في الأموال⁽¹⁾.

فالمعاملات المالية إذن: هي تلك الأشكال والصور التي تنتظم من خلالها تعاملات الناس بعضهم مع بعض، حيث تتولى صليغتها في شكل عقود والتزامات، يشهد لها الشرع بالاعتبار.

المطلب الثاني: حقيقة حماية الثقة في المعاملات المالية

للتقّة في المعاملات المالية دور مهم في ازدهار النشاط الاقتصادي، لما تقدمه من تحفيزات عملية، سواء كانت بتنظيم التعامل بين الأفراد، أو بضمان حقوق المتعاملين بها.

فما حقيقة هذه الثقة؟. للإجابة عن هذا التساؤل، سأبين في هذا المطلب: معنى حماية الثقة في المعاملات المالية المشروعة، وأذكر أهم المصطلحات القريبة منها، وذات الصلة بها.

الفرع الأول: معنى حماية الثقة في المعاملات المالية

سبق تعريف المعاملات المالية في المبحث الأول، وفيما يلي بيان لمعنى حماية الثقة.

البند الأول: تعريف الحماية

الحماية مصدر من حمى الرجل يحميه حمية؛ إذا منع عنه، وحميت المكان؛ إذا منعت منه من يقربه⁽²⁾، ومنه قولك أحميت من هذا الشيء، أحمى منه حمية أي أنفت منه غضبا⁽³⁾.
وذائر ابن القطاع⁽⁴⁾ في معنى قولك: "حميت المريض حمية وجموة؛ إذا منعت الغداء التي يضره"⁽⁵⁾.

ومنه يكون معنى الحماية: العناية، والرعاية.

¹ - د/ محمد عثمان شبيب، المعاملات المالية المعاصرة في الفقه الإسلامي، دار النفائس - الأردن، ط 6: 1427هـ - 2007م، ص/12.

² - أبو بكر محمد بن الحسن ابن دريد (الأزدي)، جمهرة اللغة، تحقيق: رمزي منير بعلبكي، دار العلم للملايين - بيروت، ط: 1987م، ج2، ص/ 1052 .

³ - الفراهيدي، مرجع سابق، ج3، ص/312.

⁴ - ابن القطاع هو: "أبو القاسم علي بن جعفر بن علي، المعروف بابن القطاع السعدي، نسبة إلى قبيلة بني سعد بن زيد بن تميم، ولد سنة 433هـ بصقلية، قرأ الأدب على فضلائها كابن البر اللغوي، كان أحد أئمة الأدب، وخصوصا اللغة، رحل إلى مصر واستقر بها، وتوفي فيها سنة 515هـ، أشهر مؤلفاته: كتاب الأفعال، أبنية الأسماء، الدرّة الخظيرة في المختار من شعراء الجزيرة، ولمح اللحم". أبو العباس شمس الدين أحمد بن محمد (ابن خلكان البرمكي)، وفيات الأعيان وأنباء أبناء الزمان، تحقيق: إحسان عباس، دار صادر - بيروت، ط: 1900م، ج3، ص/322.

⁵ - أبو القاسم علي بن جعفر بن علي (ابن القطاع السعدي)، كتاب الأفعال، عالم الكتب، ط: 1401هـ - 1983م، ج1، ص/260.

البند الثاني: تعريف الثقة

الثقة مصدر من الفعل وثِقَ، قال ابن فارس: الواو والثاء والقاف، كلمة تدل على عقد وإحكام⁽¹⁾.
ومنه قولك: وثق الشيء؛ أي قوي وثبت. ووثقت به؛ بمعنى ائتمنته، وسكنت إليه، واعتمدت عليه⁽²⁾.

والميثاق هو العهد المحكم⁽³⁾، قال الله تعالى: ﴿ وَمِيثَاقَهُ الَّذِي وَاثَقَكُم بِهِ ﴾ سورة المائدة :
الآية(07)؛ أي العهد الذي قطعه عليكم.

البند الثالث: تعريف حماية الثقة في المعاملات المالية

لم أعر في كتب الفقهاء على تعريف لحماية الثقة في المعاملات المالية كمصطلح، وإن كان من حيث فعالية مضمونه كمبدأ رعاه الشارع في تشريعه لأحكام المعاملات المالية واضح، وظاهر في شتى أبواب فقه المعاملات، ويمكنني تعريفه على النحو التالي : حماية الثقة في المعاملات المالية يقصد بها؛ تكفل الشريعة الإسلامية بالحفاظ على الصور والأطر العامة التي تنظم سير المعاملات المالية، وضمان نتائجها بشكل يؤمن حقوق المتعاملين فيها بحسن نية، وحسم منفذ أي خلل قد يزعزع استقرارها.

يتألف هذا التعريف من ثلاثة أجزاء يحمل كل واحد منها مدلولاً خاصاً؛ الأول: " تكفل الشريعة

الإسلامية بالحفاظ على الصور والأطر العامة التي تنظم سير المعاملات المالية"، ويتمثل ذلك في عناية الشارع بصياغة أشكال وصور المعاملات المالية، وتقديره لها على النسق الذي يحقق المقاصد الشرعية المرجوة من ورائها. وبالقدر نفسه اعتنى بضبط الأطر العامة لتلك المعاملات، فحدد لها حدوداً أباح التعامل في نطاقها، ومنع تجاوزها، واستثنى الشارع بهذه العناية يجعلها أكثر تنظيماً.

والشق الثاني منه: "ضمان نتائجها بشكل يؤمن حقوق المتعاملين فيها بحسن نية"، فكما تكفل

الشارع بتقرير أشكال المعاملات المالية، تكفل أيضاً بضمان ترتب نتائجها، فجعل الرابط بين الشكل والأثر فيها؛ كالرابط بين السبب والمسبب من حيث الوجود والعدم. ولا يخفى ما للترابط بين الشكل والأثر من فائدة في حفظ حقوق المتعاملين بافتراض الصدق والأمانة فيها، فالعدالة في المعاملات المالية تقتضي رعاية حقوق هؤلاء.

والشق الثالث منه: "حسم منفذ أي خلل قد يزعزع استقرارها"، ويتمثل ذلك في استنصاء العوارض

1 - ابن فارس، معجم مقاييس اللغة، ج6، ص/85.

2 - الفيومي، مرجع سابق، ج2، ص/674.

3 - ابن فارس، معجم مقاييس اللغة، ج6، ص/85.

التي قد تعتري المعاملات المالية، فيكون لها أثر سلبي يؤدي غالباً إلى زعزعة استقرارها؛ كظروء أحد عيوب الإرادة مثلاً. فقد تكفل الشارع بتنفيذ تلك العوارض، ليوفق بيسر بين احترام إرادة المتعاملين وبين استقرار التعامل؛ لأن المعاملات المالية لا تؤتي أكلها في جو يسوده الاضطراب. ومن مجموع تلك المعاني أخلص إلى أن حماية الثقة في المعاملات المالية تقوم على أساس ثلاث مقومات هي: ضبط أشكال وصور المعاملات المالية وضمان ترتب نتائجها، والعدالة بين الأطراف المتعاقدة، واستقرار التعامل.

الفرع الثاني: المصطلحات القريبة وذات الصلة بالثقة في المعاملات المالية

حماية الثقة في المعاملات المالية مصطلح غير مشهور في مجال الفقه الشرعي، وإبانة معناه بقدر أكبر، سأبين المصطلحات القريبة منه، والتي لها صلة بموضوعه، وهي: بيوع الأمانة، استقرار التعامل، الظاهر.

البند الأول: بيوع الأمانة

لبيوع الأمانة صلة كبيرة بحماية الثقة في المعاملات المالية، ولبيان هذه الصلة سأعرض معناها وأنواعها، ومن ثمة أبين علاقتها بالثقة في المعاملات المالية.

أولاً/ معنى بيوع الأمانة: لبيان معنى بيوع الأمانة، سأورد تعريف الأمانة في اللغة، ثم أذكر معنى بيوع الأمانة في اصطلاح الفقهاء.

1/ تعريف الأمانة لغة: الأمانة من الأمان والأمنة، وتعني الطمأنينة، وهي نقيض الخيانة⁽¹⁾.

2/ معنى بيوع الأمانة في اصطلاح الفقهاء⁽²⁾: هي البيوع التي يستأنم فيها المشتري، البائع على الثمن الذي تم به العقد السابق، فيصدقه في إبلاغه به دون بينة أو يمين.

ثانياً/ أنواع بيوع الأمانة: بيوع الأمانة أربعة أنواع⁽³⁾ هي:

أ/ بيع المرابحة: وهو تمليك المبيع بمثل الثمن الأول مع زيادة ربح يتم الاتفاق عليها.

ب/ بيع التولية: وهو تمليك المبيع بمثل الثمن الأول من غير زيادة ولا نقصان.

¹ - أبو الحسن علي بن إسماعيل بن سيدة المرسي، المحكم والمحيط الأعظم، تحقيق: عبد الحميد هنداي، دار الكتب العلمية - بيروت، ط: 1421هـ - 2000م، ج1، ص/ 493 .

² - أبو القاسم محمد بن أحمد (ابن جزى)، القوانين الفقهية في تلخيص مذهب المالكية، تحقيق: عبد الكريم الفضيلى، المكتبة العصرية - بيروت، ط: 1420هـ - 2000م، ص/ 174.

³ - أبو بكر محمد بن أحمد (علاء الدين السمرقندي)، تحفة الفقهاء، دار الكتب العلمية - بيروت، ط: 1414هـ - 1994م، ج2، ص/ 105.

ج/ بيع الإشتراك: وهو بيع التولية في بعض المبيع دون البعض الآخر، كأن يقول المشتري لمن باع له تولية أشركني معك في هذه السلعة ويحدد النصيب الذي يريد الحصول عليه منها؛ كالنصف أو الثلث.

د/ بيع الوضعية: وهو تمليك المبيع بمثل الثمن الأول مع نقصان شيء منه.

ثالثاً/ علاقة بيوع الأمانة بحماية الثقة في المعاملات المالية: الفقه الإسلامي بواقعيته لا يغفل عن تفاوت الخبرات، والقدرات العقلية بين الناس، فقد حدد مجالاً فرض على الناس التعامل فيه على أساس الأمانة، والإخلاص، فلا يسمح فيه بأي نوع من أنواع الغش، أو الخيانة، إذ يعد مجرد الكذب فيه خيانة. أما قصد الشارع من تشريعه لمثل هذه العقود، فهو إفساح الطريق لمن قلّت خبرته في ميدان التعامل المالي، أو لمن يخشى غش الناس ومكرهم، بأن أتاح لهم التباعد في حدود هذه العقود. وهو بذات يتكفل بمن هم في حاجة إلى الحماية بدفع ضرر الغبن عنهم.

ففي هذه البيوع يتجسد قصد الشارع لحماية الثقة في المعاملات المالية بشكل صريح وواضح، غير أن هذه الأخيرة تمثل مبدأً شرعياً رعاه الشارع في جميع أنواع المعاملات المالية، وليس مختصاً بنوع دون غيره.

البند الثاني: استقرار التعامل

لاستقرار التعامل صلة مباشرة بالثقة في المعاملات المالية، ولبيان هذه الصلة سأورد فيما يلي معناه، وأبين وجه العلاقة بينه، وبين الثقة في المعاملات المالية.

أولاً/ معنى استقرار التعامل: مصطلح استقرار التعامل مركب إضافي من كلمتي "استقرار" و"التعامل"، وقد سبق تعريف التعامل في المبحث الأول، وفيما يلي تعريف الاستقرار لغة، ثم تعريف استقرار التعامل بوصفه مصطلحاً.

1/ تعريف الاستقرار لغة: الاستقرار مصدر من الفعل استقر، وأصل اشتقاق الكلمة الفعل "قَرَّ"، ومعناه ثبت وسكن⁽¹⁾، ومنه قولك استقر بالمكان أي أقام به وسكنه واستوطنه⁽²⁾.

والاسم منه القرار، ويعني المطمئن من الأرض⁽³⁾.

قال الفيومي⁽⁴⁾: "الاستقرار هو التمكن".

1 - الفيروز آبادي، مرجع سابق، ص/461.

2 - د/ أحمد مختار عبد الحميد عمر، معجم اللغة العربية المعاصرة، عالم الكتب، ط 1: 1429هـ - 2008م، ج1، ص/1796.

3 - الفيومي، مرجع سابق، ج2، ص/674.

4 - نفس المرجع، ص/496.

2/ تعريف استقرار التعامل : عرفه الدكتور مصطفى الزرقا (1) بقوله: "أن تكون تصرفات الإرادة، التي يتعامل فيها الناس بعضهم مع بعض بطريق التعاقد الرضائي، ذات نتائج ثابتة غير معرضة للانتقاص، بأسباب يجهلها المتعاقد، وليس هو المقصر في اجتنابها".

ثانيا/ علاقة استقرار التعامل بالثقة في المعاملات المالية : الحفاظ على استقرار التعامل مصلحة قصد الشارع إلى تحقيقها، لما ينتج عنها من استقرار الاقتصاد وازدهاره.

واستقرار التعامل يتحقق بإحكام بنية العقود، والحفاظ على قوتها، والزاميتها، حتى يتسنى للمتعاملين بناء أمورهم، ومصالحهم المستقبلية على نتائج معاملاتهم، وهم مطمئنون إلى استقرارها(2).

وعليه، فإن العلاقة بين استقرار التعامل، والثقة في المعاملات المالية تكمن في كونه أحد مقوماتها. فإذا ما تزعزع استقرار التعامل، تزعزعت ثقة الناس بتلك المعاملات تبعاً له.

البند الثالث: الأسباب الظاهرة الدالة على التصرف

الظاهر واحد من الأدلة التي اعتبرها الشارع في تقرير الأحكام الشرعية، وهذا الدليل له علاقة وثيقة بحماية الثقة في المعاملات المالية. وفي هذا المطلب سأذكر معناه، ثم أبين علاقته بحماية الثقة في المعاملات المالية.

أولاً/ معنى الظاهر: يتضح معنى الظاهر بإيراد تعريفه اللغوي، والاصطلاحي.

1/ تعريف الظاهر لغة: الظاهر ضد الباطن، وهو مشتق من الفعل ظهر. يقال ظهر الشيء؛ أي تبين، ومنه سميت صلاة وسط النهار بالظهر؛ لأنها تؤدي في أوقات النهار، وأبينها رؤية(3).

ومنه قول الله تعالى: ﴿يَعْلَمُونَ ظَهْرًا مِّنَ الْحَيَاةِ الدُّنْيَا وَهُمْ عَنِ الْآخِرَةِ هُمْ غَافِلُونَ﴾ سورة

الروم: الآية(07)؛ أي أن علمهم يتوقف عند حد ما بدا لهم منها.

والظاهر اسم من أسماء الله الحسنى ومعناه: "هو الشيء الذي ظهر فوق كل شيء، وعلا عليه،

وقيل: هو الذي عرف بطرق الاستدلال العقلي بما ظهر لهم من آثار أفعاله، وأوصافه(4).

2/ تعريف الظاهر اصطلاحاً: عرف السرخسي(5) الظاهر بقوله: "هو ما يعرف المراد منه بنفس السماع

1 - د/ مصطفى أحمد الزرقا، المدخل الفقهي العام، دار الفكر، ط9: 1967-1968م، ج1، ص/391.

2 - نفس المرجع، ج1، ص/474.

3 - أبو عبد الله زين الدين محمد بن أبي بكر (الرازي)، مختار الصحاح، تحقيق: يوسف الشيخ محمد، المكتبة العصرية، الدار النموذجية- بيروت، صيدا، ط5: 1420هـ-1999م، ص/197.

4 - ابن الأثير، مرجع سابق، ج3، ص/164.

5 - شمس الأئمة محمد بن أحمد (السرخسي)، أصول السرخسي، دار المعرفة- بيروت، ط1: 1424هـ-2004م، ج1،

ص/164.

من غير تأمل، وهو الذي يسبق إلى العقول، والأوهام لظهوره موضوعاً فيما هو مراد منه".
وعرفه الغزالي⁽¹⁾ بقوله: "هو اللفظ الذي يغلب على الظن فهم معنى منه من غير قطع، فهو
بالإضافة إلى ذلك المعنى الغالب ظاهر".

ثانياً/ علاقة الأسباب الظاهرة الدالة على التصرف بحماية الثقة في المعاملات المالية: اتفق الفقهاء
على أن الأحكام الشرعية متعلقة بالأسباب الظاهرة الدالة عليها⁽²⁾، وأن الشارع أجرى الأحكام الشرعية في
الدنيا على الظاهر فلا يعدل عن مقتضاه إلا بدليل⁽³⁾، خصوصاً في مجال القضاء عند انقطاع البينة، أو
الدليل، فإذا تعذر على القاضي الفصل في الخصومة رخص له النبي صلى الله عليه وسلم في الوقوف
عند حدود الظاهر من حال المختصمين حيث قال: «إنما أنا بشر مثلكم، وأنكم تختصمون إلي، فلعل
بعضكم أن يكون ألحن بحجته من بعض، فأقضي له على نحو ما أسمع منه، فمن قضيت له بشيء من
حق أخيه فلا يأخذ منه شيئاً، فإنما أقطع له قطعة من النار»⁽⁴⁾.
وقد ذكر الإمام الشاطبي⁽⁵⁾ بأن قصد الشارع من اعتماد الظاهر دليلاً؛ هو أن حكم الحاكم سبب
لرفع التشاجر، وفصل الخصومات بحسب الظاهر، حتى تكون المصلحة ظاهرة.

أما علاقة الظاهر بحماية الثقة في المعاملات المالية فتتمثل في أن بناء أحكام المعاملات المالية
على الظاهر ينتج عنه ضبطها، واستقرارها، وهذا الأخير يمثل أحد المقومات التي تقوم عليها حماية الثقة
في المعاملات المالية.

المطلب الثالث: أهمية حماية الثقة في المعاملات المالية

يحتك الناس في معاملاتهم، فتتداخل مصالحهم وتتشابك، وفي أحيان كثيرة تتعارض، فاحتاجوا بذلك
إلى مبادئ وأحكام شرعية تنظم تعاملاتهم، ومن هذه المبادئ الحفاظ على عامل الثقة في تلك
المعاملات، الذي تظهر أهميته واضحة جلية في جوانب عدة من حياة الناس، وفي هذا المقام سأذكر

1 - أبو حامد محمد بن محمد (الغزالي)، المستصفي، تحقيق: محمد عبد السلام عبد الشافي، دار الكتب العلمية، ط1: 1413هـ - 1993م، ص/ 74.

2 - زين الدين عبد الرحمان بن أحمد (ابن رجب)، القواعد لابن رجب، دار الكتب العلمية، (بدون طبعة)، ص/ 178.

3 - حسن بن عمر بن عبد الله السيناوي، الأصل الجامع لإيضاح الدرر المنظومة في سلك جمع الجوامع، مطبعة النهضة - تونس، ط1: 1928، ج2، ص/ 30.

4 - الإمام مالك بن أنس بن مالك (الأصمعي)، موطأ الإمام مالك، تحقيق: بشار عواد معروف، محمود خليل، مؤسسة الرسالة، ط: 1412هـ، في كتاب الأفضية، باب الترغيب في القضاء بالحق، ج2، ص/ 459 (2877).

5 - إبراهيم بن موسى بن محمد اللخمي (الشاطبي)، الموافقات، تحقيق: أبو عبيدة مشهور بن حسن آل سليمان، دار ابن عفان، ط1: 1417هـ - 1997م، ج1، ص/ 376.

أثرها في الجانب النفسي للمتعاقدين ، ودورها في تنمية مكارم الأخلاق، ودورها في تحقيق العدالة بين المتعاقدين، ودورها في تيسير المعاملات الحديثة.

الفرع الأول: أثر حماية الثقة في المعاملات المالية على الجانب النفسي للمتعاقدين

تولد الثقة في المعاملات المالية في نفوس المتعاملين دوافع إنسانية ، تجعل أسلوب التعامل الاقتصادي أكثر انسجاماً مع الجوانب الأخلاقية والروحية⁽¹⁾، وذلك لأن التعامل إذا ما استيقن أن نتائج معاملاته مصونة وحمايتها مكفولة، طابت نفسه واطمأنت . وهذه الراحة النفسية تولد لدى الأطراف المتعاملة قناعة تامة بنصيبتها، وبما قسم الله لها من رزق من وراء تلك المعاملات؛ ما دام أنها قد قامت على أسس صحيحة سليمة، ولا مجال للطعن في نتائجها، كما أنها تقوي لذة الكسب لديهم، والتي تعد الدافع الأول، والأساسي لاستثمار الأموال ورواجها.

الفرع الثاني: دور حماية الثقة في المعاملات المالية في تنمية مكارم الأخلاق

لمكارم الأخلاق أثر مهم في الحفاظ على عامل الثقة في المعاملات المالية الشرعية . وفي الوقت ذاته نجد أن الثقة في المعاملات المالية بمثابة مرآة عاكسة لها، فهي توفر جواً مناسباً لتنامي محاسن الأخلاق، والسمو بها إلى أبعد الحدود.

ويستدل لهذا الأثر بقول رسول الله صلى الله عليه وسلم: «لا يؤمن أحدكم حتى يحب لأخيه ما يحب لنفسه»⁽²⁾، فهذا الحديث صريح في دلالاته على أن إيمان الإنسان لا يكتمل إلا بإنزاله لغيره في محل نفسه، فيجب له ما يحب لها، ويكره له ما يكره لها.

والعمل بمقتضى هذا الحديث يؤدي إلى إبعاد الناس عن كل شحناء، وخصومة تززع الثقة في معاملاتهم، كما أنه يصد الباب في وجه الاستغلال والاحتيال، ما دام أن الإضرار بالغير لا ينتج عنه إلا الإضرار بالنفس. وتفعيل معنى هذا الحديث، يكون أدعى إلى التحلي بالسماحة ، والصدق، والوفاء بالعهد في جميع أشكال التعامل.

¹ - د/ عمر مصطفى جبر إسماعيل، ضمانات الاستثمار في الفقه الإسلامي وتطبيقاتها المعاصرة، دار الفنائس - الأردن، ط: 1430هـ - 2010م، ص/55.

² - رواه أبو عبد الله محمد بن إسماعيل (البخاري)، الجامع المسند الصحيح المختصر من أمور رسول الله صلى الله عليه وسلم وسننه وأيامه، تحقيق: زهير بن ناصر الناصر، دار طوق النجاة، ط: 1422هـ، كتاب الإيمان، باب من الإيمان أن يحب لأخيه ما يحب لنفسه، ج11، ص/12 (13).

كما يؤصل لهذا المعنى أيضا: قول الله تعالى: ﴿ وَمَا أَرْسَلْنَاكَ إِلَّا رَحْمَةً لِّلْعَالَمِينَ ﴾ سورة

الأنبياء: الآية(107). وقول النبي صلى الله عليه وسلم: «الراحمون يرحمهم الرحمان، ارحموا من في الأرض يرحمكم من في السماء»⁽¹⁾، فهذان النصان صريحان في وجوب الرحمة بالخلق التي من تجلياتها أن تكون ملازمة للمنفعة، والاستثمار أحد وسائل تحصيل المنافع، حتى تخرج من دائرة الأثرة الضيقة، إلى منطقة الإيثار المتسعة الرحاب. فإذا كانت الرحمة ملازمة للمعاملات المالية، لزم أن تبعد هذه الأخيرة عن الاحتكار، والاستيلاء على الأسواق بطرق مشروعة، أو غير مشروعة.

كما أن مقتضى تلك النصوص السابقة الذكر، لا يتنافى مع المنافسة الحرة الشريفة التي تبنى على أساس الإجابة والإتقان، فهي إحدى سبل الرقي الاقتصادي⁽²⁾. وقد صرح رسول الله صلى الله عليه وسلم بأنها سبب للفوز بحبة الله تعالى، حيث قال: «إن الله يحب إذا عمل أحدكم عملا أن يتقنه»⁽³⁾.

الفرع الثالث: دور حماية الثقة في المعاملات المالية في تحقيق العدالة بين المتعاقدين

توفق الثقة في المعاملات المالية بين عاملين⁽⁴⁾ أساسيين تبنى عليهما المعاملات المالية هما: عامل العدالة بين المتعاملين، وعامل استقرار العقود؛ فعامل العدالة يقتضي احترام قصد المتعاملين، وإرادتهما في المعاملة⁽⁵⁾، وكل عيب يشوب هذه الإرادة، وينحرف بها عن وجهتها الأصلية، يترتب عليه فسخ العقد ضمانا لحقه.

أما عامل استقرار العقود، فيلزم منه أن تكون العقود المبرمة وفق الشروط الشرعية ثابتة، وتترتب عليها آثارها، والتعارض بين هذين العاملين يكمن في اقتضاء أحدهما عكس ما يقتضيه الآخر.

¹ - رواه احمد بن الحسين الخرساني (أبو بكر البيهقي)، السنن الكبرى، تح قيق: محمد عبد القادر عطا، دار الكتب العلمية - بيروت، ط 3: 1424هـ - 2003م، في كتاب السير، باب ما على الولي من أمر الجيش، ج 9، ص/71(17905). ورواه أبو عيسى محمد بن عيسى (الترمذي)، سنن الترمذي، تحقيق وتعليق: د/ أحمد شاکر، د/ محمد فؤاد عبد الباقي، د/ إبراهيم عطوة عوض، شركة مكتبة ومطبعة مصطفى البابي الحلبي - مصر، ط 2: 1395هـ - 1975م، في أبواب البر والصلة، باب ما جاء في رحمة المسلمين، ج4، ص/323، (1924)، وقال حديث حسن صحيح.

² - د/ محمد عثمان شبير، المدخل إلى فقه المعاملات المالية، ص/30.

³ - رواه أبو القاسم سليمان أحمد (الطبراني)، المعجم الكبير، تحقيق: حمدي بن عبد المجيد السلفي، مكتبة ابن تيمية - القاهرة، ط2، (بدون تاريخ الطبع)، مسند من يعرف بالكنى، باب السين (سهلة بنت سهيل بن عمرو)، ج 24، ص/306 (776).

⁴ - المقصود بالعامل هنا: العنصر المؤثر أي الذي يحدث أثرا في غيره، إما زيادة أو نقصانا أو تغييرا.

⁵ - د/ عبد الحليم عبد اللطيف القوني، حسن النية وأثره في التصرفات في الفقه الإسلامي والقانون المدني، دار المطبوعات الجامعية - الإسكندرية، ط: 2004 م، ص/12.

وهنا يظهر أثر الثقة في المعاملات المالية في دفع هذا التعارض؛ بتحقيق التوازن، والتوافق بينهما، ويتم ذلك بتقرير ثبات العقود، والزامية نتائجها كأصل شرعي من جهة، ومن جهة أخرى لكونه مندرجاً تحت عامل العدالة أيضاً، لأن المتعامل الذي أبرم العقد بحسن نية من حقه أن يستقر عقده، وتترتب عليه آثاره. وفي المقابل تقتضي الثقة في المعاملات إنصاف الذي عيبت إرادته، لكن بشرط أن يكون العيب معتبراً شرعاً.

سيأتي الحديث عن التنازع بين هذين العاملين بالتفصيل في الفصل الثاني من هذا البحث.

الفرع الرابع: دور حماية الثقة في تيسير المعاملات المالية الحديثة

لا يخفى علينا أن التعامل في العصر الحديث بلغ ذروة السرعة، حيث أصبح المتعاملون يبرمون عدة صفقات في اللحظة الواحدة، وفي أحيان كثيرة تتم تلك الصفقات باستعمال السندات - كالتشيكات مثلاً - التي تعارفوا على التسديد بها بدل التسديد بالنقود. وهذه السندات مجرد أوراق لا مالية فيها؛ لكنها تستمد قيمتها، ومصداقيتها من الثقة التي أودعها المشرع فيها، فقد شرع من القوانين ما ينظم التعامل بها، ويكفل حماية حقوق الحائزين لها.

ففي مثل هذا النوع من التعامل تتجلى رعاية المشرع لحماية الثقة التي تحل محل المال، وهذا طبعاً له أثر بالغ الأهمية في زيادة نشاط الحياة الاقتصادية.

وفي ختام هذا المبحث أخلص إلى أن المعاملات المالية بالنسق الذي حدده الشارع كفيل بتحقيق مصالح الناس، وحفظ أموالهم. كما تكفل بحماية عامل الثقة فيها، لما يحققه من توازن وضبط يبعدها عن التنازع والخصومة.

بعد بيان أهم المفاهيم التي تتعلق بها هذه الدراسة، سأشرع بعون الله تعالى في عرض الأصول الشرعية التي يستند إليها مبدأ حماية الثقة في المعاملات المالية.

الفصل الأول:

التأصيل الشرعي لحماية الثقة في المعاملات المالية

*المبحث الأول: بنية العقد ودلالاتها على حماية الثقة في المعاملات

المالية

*المبحث الثاني: البطلان والفساد ودلالاتهما على حماية الثقة في

المعاملات المالية

سلك الشارع في تشريعه للمعاملات المالية منهجا واضحا، مصدره القرآن الكريم، والسنة النبوية، كما أقامها على مبادئ عامة، وقواعد كلية من شأنها أن تضبط سير هذه المعاملات. ومن هذه المبادئ حماية عنصر الثقة فيها، والذي يشهد لاعتباره العديد من الأحكام والقواعد الشرعية.

وفي هذا الفصل، سأتناول في سبيل بيان الأصل الشرعي الذي يستند إليه هذا المبدأ: بنية العقد، والبطلان والفساد؛ لأبين دلالة كل منها على حماية الثقة في المعاملات المالية.

المبحث الأول: بنية العقد ودلالاتها على حماية الثقة في المعاملات المالية

العقود أهم مصادر الالتزام، وأوسعها دائرة، وأكثرها دورانا في الحياة الاقتصادية، لأنها أساس مبادلات الناس. وقد أحكم الشارع بناءها، لتكون خاضعة لأصول التعامل الشرعي. وفي هذا المبحث سأبين مدى دلالة البنية التي اعتمدها الشارع في تأسيس العقود، على مراعاته لحماية ثقة المتعاملين بها، انطلاقا من معنى العقد، وأركانه، والباعث الدافع إليه، وصفة اللزوم فيه، ثم الخيارات الواردة عليه.

المطلب الأول: معنى العقد ودلالته على حماية الثقة في المعاملات المالية

لمعنى العقد دلالة واضحة على قصد الشارع لتأمين ثقة الناس به. وهذا ما سأبينه في هذا المطلب من خلال بيان تعريف العقد والمعاني المستفادة منه، ثم أوضح دلالة تلك الأخيرة على حماية الشارع للثقة في المعاملات المالية.

الفرع الأول: تعريف العقد والمعاني المستفادة منه

في هذا الفرع سأنتظرق لبيان معنى العقد، وما يشتمل عليه من معاني.

البند الأول: تعريف العقد

سأبين معنى العقد انطلاقا من معناه اللغوي، وإطلاقه عند الفقهاء.

أولا/ تعريف العقد لغة: جاء في معجم مقاييس اللغة⁽¹⁾: العين والقاف والذال، أصل واحد يدل على شدّ، وشدة وثوق، والعقد نقيض الحل⁽²⁾. وأصل إطلاقه في اللغة، على الربط، لكنه يستعار ويستعمل في معان عديدة⁽³⁾، أذكر بعضها فيما يلي:

1 - ابن فارس، معجم مقاييس اللغة، ج4، ص/86.

2 - ابن منظور، مرجع سابق، ج3، ص/297.

3 - محمد بن قاسم الأنصاري (الرصاع)، الهداية الكافية الشافية لبيان حقائق الإمام ابن عرفة، المكتبة العلمية، ط1:

- عقد بمعنى غلظ⁽¹⁾، ويستفاد هذا المعنى من قول الله تعالى: ﴿بِمَا عَقَدْتُمْ الْأَيْمَانَ﴾ سورة المائدة: الآية(89).

- المعاهدة: وتعني المعاهدة، والميثاق، والأيمان⁽²⁾.

فمدلول كلمة العقد في اللغة هو الربط، والمعاني الأخرى متفرعة عن هذا المعنى، ولا تخرج عن إطاره.

ثانيا/ تعريف العقد اصطلاحا: عرف الفقهاء العقد بتعريفات متقاربة المعنى، نذكر منها في هذا المقام ما أورده صاحب البحر الرائق⁽³⁾: "العقد: هو ربط القبول بالإيجاب شرعا". وعرف الدسوقي⁽⁴⁾ العقود بقوله: "هي كل ما يتوقف على إيجاب وقبول".

وجاء في العناية⁽⁵⁾: "الانعقاد هو تعلق كلام أحد العاقدين بالآخر شرعا، على وجه يظهر أثره في المحل".

وهذا التعريف الأخير هو المختار؛ لأنه أدق من سابقه، فهو يشتمل على جميع المعاني التي يختص بها العقد.

البند الثاني: المعاني المستفادة من تعريف العقد

يحمل التعريف المختار دلالة وافية على معنى العقد، تتمثل في ثلاثة معاني هي:

أولا/ المعنى الأول: تعلق الإيجاب بالقبول؛ يستلزم وجود طرفين أحدهما يتولى الإيجاب، والآخر يتولى القبول. وهذا قيد يميز العقد عن التصرف الذي يتم بإرادة منفردة.

ذكر الألوسي⁽⁶⁾ في تفسيره أن هناك فرقا بين العقد، والعهد، فقال: "العقد فيه معنى الاستيثاق، ولا يكون إلا بين اثنين، والعهد قد ينفرد به واحد". وهذا يستفاد منه أن بين العقد، والعهد عموم، وخصوص؛ فكل عقد عهد، وليس كل عهد عقد.

1 - أبو نصر إسماعيل بن حماد (الفرايبي)، الصحاح تاج اللغة وصحاح العربية، تحقيق: أحمد عبد الغفور عطار، دار العلم للملايين - بيروت، ط1: 1407هـ - 1987م، ج2، ص/510.

2 - ابن منظور، مرجع سابق، ج3، ص/297.

3 - ابن نجيم المصري، البحر الرائق، ج5، ص/283.

4 - محمد بن أحمد بن عرفة(الدسوقي)، حاشية الدسوقي على الشرح الكبير، دار الفكر، (بدون طبعة)، ج3، ص/05.

5 - أبو عبد الله محمد بن محمد بن محمود(البابرتي)، العناية شرح الهداية، دار الفكر، (بدون طبعة)، ج6، ص/283.

6 - شهاب الدين محمود بن عبد الله الحسيني(الألوسي)، روح المعاني في تفسير القرآن العظيم والسبع المثاني، تحقيق: على عبد الباري عطية، دار الكتب العلمية - بيروت، ط1: 1415هـ، ج3، ص/222.

لكن هذا التحري في تمييز العقد عن التصرف، لم يمنع عامة الفقهاء من إطلاق لفظ العقد على الاثنين دون تفریق، ويظهر ذلك بوضوح من خلال اعتبارهم للوقف والإبراء من الدين عقوداً⁽¹⁾، وهي في الأصل تصرفات ناشئة عن إرادة منفردة، هذا من جهة. ومن جهة ثانية، نجد أن هذا التفریق لا ينبني عليه عمل؛ لأمر الشارع بالوفاء بجميع الالتزامات التي يتعهد بها الإنسان، حيث قال الله تعالى:

﴿يَتَأْتِيهَا الَّذِينَ ءَامَنُوا أَوْفُوا بِالْعُقُودِ﴾ سورة المائدة: الآية (01)، وقال أيضاً: ﴿وَأَوْفُوا بِالْعَهْدِ إِنَّ الْعَهْدَ كَانَ مَسْئُولًا﴾ سورة الإسراء: الآية (34).

ثانيا/ المعنى الثاني: أما قوله في التعريف: "شرعا"، فهو قيد يدل على أن مشروعية العقد مقيدة بالشرع، وعليه فإن العقود التي يلزم الوفاء بها هي التي توافق ما جاء به الشرع⁽²⁾، لقول رسول الله صلى الله عليه وسلم: «المسلمون عند شروطهم»⁽³⁾، فهذا الحديث يدل على أن حقيقة إيمان المسلمين إنما تظهر عند الوفاء بشروطهم، إلا إذا ظهر فيها ما يخالف ما شرعه الله تعالى فيسقط⁽⁴⁾، لقول رسول الله صلى الله عليه وسلم: «ما بال أقوام يشترطون شروطا ليست في كتاب الله، من اشترط شرطا ليس في كتاب الله فليس له، وإن اشترط مائة شرط»⁽⁵⁾.

ووجه الدلالة من الحديث الثاني هو كون النبي صلى الله عليه وسلم، لم يقر من الشروط التي ترد في العقود، إلا ما وافق ما جاء به الشرع، ومن باب أولى أن لا يقر من العقود، إلا ما وافق ما ثبت بالشرع.

ثالثا/ المعنى الثالث: أن يظهر أثر ربط الإيجاب بالقبول في المعقود عليه، وهو الغاية من العقد. ويتم

¹ - د/ عبد الرزاق السنهوري، مصادر الحق في الفقه الإسلامي، منشورات الحلبي الحقوقية- لبنان، ط2: 1998م، ج1، ص/75.

² - أبو بكر بن العربي، أحكام القرآن، ج2، ص/05.

³ - رواه أبو عبد الله الحاكم محمد بن عبد الله، المستدرک على الصحيحين، تحقيق: مصطفى عبد القادر عطا، دار الكتب العلمية- بيروت، ط1: 1411هـ- 1990م، في كتاب البيوع، من حديث أبي هريرة، ج، ص/ (2310)75. ورواه ابن شيبه في كتاب البيوع والأقضية، باب من قال المسلمون عند شروطهم، ج4، ص/450 (22022). ورواه البيهقي في السنن الصغير، في كتاب الصداق، باب الشرط في النكاح، ج7، ص/406 (14435). صححه محمد بن ناصر الدين (الألباني)، إرواء الغليل في تخريج أحاديث منار السبيل، أشرف عليه: زهير الشاويش، المكتب الإسلامي- بيروت، ط2: 1405هـ- 1985م، ج5، ص/107.

⁴ - د/ أحمد فراج حسين، المدخل للفقه الإسلامي تاريخ الفقه الإسلامي الملكية ونظرية العقد، منشورات الحلبي الحقوقية- بيروت، ط: 2002، ص/389.

⁵ - رواه البخاري، في كتاب الصلاة، باب ذكر البيع والشراء على المنبر في المسجد، ج1، ص/ (465)98.

ذلك من خلال مبادلة أطراف العقد، ملكية العين مقابل الثمن كما في عقد البيع، أو منفعتها مقابل الثمن كما في عقد الإجارة، أو نقل ملكية العين دون مقابل كما في عقد الهبة، أو نقل منفعتها دون مقابل كما في عقد الإعارة، أو ثبوت حق احتباس العين المرهونة في عقد الرهن⁽¹⁾.

ويطلق بعض الفقهاء⁽²⁾ على هذا الأثر اسم: "حقوق العقد". ويطلق عليه بعضهم⁽³⁾ اسم: "أحكام العقد"، ويطلق عليه آخرون⁽⁴⁾ اسم: "موضوع العقد".

وأحكام العقد وحقوقه منها ما هو أصلي، ومنها ما هو تابع⁽⁵⁾، فعقد البيع حكمه الأصلي يتمثل في ثبوت الملك في العوضين، مع ثبوت صفتي اللزوم والحلول الذي يعني ثبوت الملك في البديلين للحال، أي بجرد تمام الصيغة. أما الأحكام التابعة فمتعددة، أذكر منها على سبيل المثال ما يلي:

1/ وجوب تسليم البديلين: أي لزوم تنفيذ ما تم عليه التعاقد، وهي المرحلة الأخيرة من العقد.

2/ ثبوت حق الحبس للمبيع لأجل استيفاء الثمن.

3/ أما تصرف الطرفين في العوضين بمجرد توافق الإيجاب والقبول، ولو لم تتم الحيازة لهما، ففيه خلاف بين الفقهاء.

فعند الحنفية⁽⁶⁾ يجوز التصرف في العقار قبل قبضه، ولا يصح في المنقول، لأن المنقول لا يؤمن تغييره، وتأثره بسبب نقله. أما العقار، فاحتمال التغيير فيه ضعيف.

وعند المالكية⁽⁷⁾ يجوز التصرف في جميع الأعيان قبل قبضها، إلا الطعام؛ لنهي رسول الله صلى

الله عليه وسلم عن بيعه قبل قبضه، حيث قال: «من ابتاع طعاماً، فلا يبيعه حتى يقبضه»⁽⁸⁾.

1 - د/ أحمد فراج حسين، مرجع سابق، ص/ 390.

2 - السمرقندي، مرجع سابق، ج2، ص/ 36.

3 - ابن عابدين، مرجع سابق، ج4، ص/ 506.

4 - أ. د/ وهبة بن مصطفى الزحيلي، الفقه الإسلامي وأدلته، دار الفكر - دمشق، ط 4، (بدون تاريخ الطبع)، ج4، ص/ 3083.

5 - الكاساني، مرجع سابق، ج5، ص/ 233.

6 - نفس المرجع، ج5، ص/ 181.

7 - أبو محمد عبد الوهاب بن علي (البغدادي)، التلقيب في الفقه المالكي، تحقيق: محمد أبو خبزة، دار الكتب العلمية، ط1: 1425هـ - 2004م، ج2، ص/ 146.

8 - رواه البخاري في كتاب البيوع، باب بيع الطعام قبل أن يقبض ويبيع ما ليس عندك، ج3، ص/ 68 (2136).

أما الشافعية⁽¹⁾ والحنابلة⁽²⁾ فلا يجيزون بيع الأعيان إلا بعد قبضها. ودليلهم في هذا الحكم هو ما رواه ابن عباس عن رسول الله صلى الله عليه وسلم، أنه قال لعتاب بن أسيد: «إني قد بعثتك على أهل الله أهل مكة، فانهم عن بيع ما لم يقبضوا، وعن ربح ما لم يضمّنوا، وعن شرطين في شرط»⁽³⁾.

الفرع الثاني: دلالة معنى العقد على حماية الثقة في المعاملات المالية

من المعاني المستفادة من تعريف العقد، يتبين أن الشارع الحكيم تولى صياغة أشكال العقود، كما تولى تحديد الآثار المترتبة عليها، ولم يفسح المجال للاجتهاد في تحديدها، إلا بقدر ما يتيح للمتعاملين تحقيق بعض المصالح التي ليست من مقتضى تلك العقود، بشرط أن لا تتعارض مع المقاصد التي قصد إلى تحصيلها من ورائها.

واختصاص الشارع بضبط أشكال العقود، وآثارها يجعل كيان العقود في مأمن عن الاضطراب والزعزعة. وهذا يصب في مجرى استقرار العقود، الذي يعد أحد الشواهد التي تسند حماية الثقة في المعاملات المالية، فهو يؤمن ثقة الأفراد في ثبوت نتائج معاملاتهم، واستقرارها.

المطلب الثاني: أركان العقد ودلالاتها على حماية الثقة في المعاملات المالية

لابد لكل عقد من أركان يتأسس عليها، وتحدد هذه الأركان، وتتنوع تبعاً لتنوع المعاملات. وفي هذا المطلب سأحدث عن أركان العقد، ثم أبين دلالتها على حماية الشارع للثقة في المعاملات المالية. غير أنني سأقصر الحديث على أركان عقد البيع؛ لكونه أشهر أنواع المعاملات⁽⁴⁾، أو بالأحرى أساسها.

الفرع الأول: أركان العقد

أركان العقد محل خلاف وجدل كبيرين بين الفقهاء. وفي هذا الفرع سأبين معنى الركن، ثم أذكر

¹ - أبو الحسن علي محمد بن محمد (الماوردي)، الحاوي الكبير في فقه مذهب الإمام الشافعي، تحقيق: الشيخ علي محمد معوض، الشيخ عادل أحمد عبد الموجود، دار الكتب العلمية - بيروت، ط: 1: 1419هـ - 1999م، ج5، ص/ 220.

² - أبو محمد موفق الدين عبد الله (ابن قدامة المقدسي)، الكافي في فقه الإمام أحمد، دار الكتب العلمية، ط: 1: 141هـ - 1994م، ج2، ص/ 183.

³ - رواه أبو القاسم سليمان بن أحمد (الطبراني)، المعجم الأوسط، تحقيق: طارق عوض الله بن محمد، عبد المحسن بن إبراهيم الحسيني، دار الحرمين - القاهرة، (بدون طبعة)، في باب الميم، من اسمه مقدم، ج9، ص/ 21 (9007). ورواه البيهقي في السنن الكبرى، جامع أبواب الربا، باب النهي عن بيع ما لم يقبض وإن كان غير طعام، ج5، ص/ 511 (10682).

⁴ - ذكر الدكتور سعد الدين محمد الكبي أن العلماء أدرجوا المعاملات المالية في كتب الفقه تحت باب أطلقوا عليه اسم "البيع" باعتبار المصدر، أو "البيوع" باعتبار تعدد أنواعه سعد الدين محمد الكبي، المعاملات المالية المعاصرة في ضوء الإسلام، المكتب الإسلامي، ط: 1: 1423هـ - 2002م، ص/ 17.

خلاف الفقهاء في تحديد أركان العقد.

البند الأول: معنى الركن

سأعرف الركن فيما يلي انطلاقاً من مدلوله اللغوي، ثم أورد معناه عند الفقهاء، وأنتهي بذكر مدلوله عند علماء الأصول.

أولاً/ تعريف الركن لغة: الركن مصدر من الفعل ركن، بمعنى مال، ومنه قولك ركن إلى الدنيا؛ بمعنى مال، واطمأن إليها، والركن هو الناحية القوية⁽¹⁾، قال الله تعالى على لسان نبيه لوط عليه السلام: ﴿ قَالَ لَوْ أَنَّ لِي بِكُمْ قُوَّةٌ أَوْ آوِيَ إِلَىٰ رُكْنٍ شَدِيدٍ ﴾ سورة هود: الآية (80). وأركان كل شيء؛ هي جوانبه التي يستند إليها، ويقوم بها⁽²⁾.

انطلاقاً من هذه التعريفات يكون مدلول كلمة الركن في اللغة، الزاوية القوية والشديدة التي يستند إليها الشيء، ويبنى عليها.

ثانياً/ معنى الركن في اصطلاح الفقهاء: جاء في مجمع الأنهر⁽³⁾: "ركن الشيء هو ما يتوقف وجود ذلك الشيء عليه، سواء أكان في العلة، أم في الحكم، وهو داخل في ماهيته". فهذا التعريف للركن يوحي بأن إطلاقه في اصطلاح الفقهاء، لا يخرج عن المدلول اللغوي له.

ثالثاً/ معنى الركن عند علماء الأصول: ذكر صاحب قواطع الأدلة في الأصول⁽⁴⁾: "أن الركن هو ما يلزم من عدمه العدم، ومن وجوده الوجود، مع كونه داخلاً في الماهية". وباعتبار هذا المعنى للركن بين العلاقة بين الركن والسبب⁽⁵⁾، فذكر أن السبب خارج عن الماهية، أما الركن فداخلاً فيها. ويتفق الركن مع السبب من حيث أن كليهما يؤثر بطرفي الوجود والعدم.

البند الثاني: خلاف الفقهاء في عدد أركان العقد وأثره في بعض الفروع الفقهية

إن الخلاف الذي وقع بين الفقهاء في تحديد أركان العقد، لم يقف عند حدود الجوانب الشكلية للعقد،

1 - الفراهيدي، مرجع سابق، ج5، ص/354.

2 - ابن منظور، مرجع سابق، ج13، ص/186.

3 - عبد الرحمان بن محمد بن سليمان (داماد أفندي)، مجمع الأنهر في شرح ملتقى الأبحر، دار إحياء التراث العربي، (بدون طبعة)، ج1، ص/79.

4 - أبو المظفر منصور بن محمد (السمعاني التميمي)، قواطع الأدلة في الأصول، تحقيق: محمد حسن محمد إسماعيل الشافعي، دار الكتب العلمية- بيروت، ط1: 1418هـ- 1999م، ج1، ص/101.

5 - السبب: هو ما يلزم من وجوده الوجود، ومن عدمه العدم، وهذا المعنى للسبب قد يلتبس بالركن، نفس المصدر، نفس الصفحة.

بل نتج عنه خلاف في بعض الفروع الفقهية. وفي هذا البند سأنتظر لذكره ، ثم أبين أثره في بعض الفروع الفقهية.

أولاً/ خلاف الفقهاء في عدد أركان العقد: اتفق الفقهاء على أن العقد يقوم في الأساس على عاقلين وصيغة وبدلين، لكن اختلفوا في تحديد عدد الأركان وتمييزها عن الشروط، فمنهم من وسَّع ومنهم من ضيق. وفي هذا الموضوع سأذكر آراء الفقهاء في أركان العقد، ثم مناقشتها.

1/ آراء الفقهاء في عدد أركان العقد: انقسم الفقهاء نتيجة لخلافهم في عدد أركان العقد على رأيين هما:

أ/ الرأي الأول: تبني هذا الرأي جمهور فقهاء الحنفية⁽¹⁾، ومذهبهم أن أركان العقد تتحصر في ركن واحد؛ وهو الصيغة المتمثلة في الإيجاب والقبول، الدالة على التراضي.

ب/ الرأي الثاني: تبني هذا الرأي جمهور المالكية⁽²⁾، والشافعية⁽³⁾، والحنابلة⁽⁴⁾، ووجهة رأيهم دخول العاقلين، والمعقود عليه ضمن أركان العقد.

2/ مناقشة الرأيين: دار الخلاف بين الفقهاء حول ما يدخل في أركان العقد، وما لا يدخل خصوصاً، وأن الحنفية الذين حصروا الأركان في واحد، صرحوا بأن الأصل في الركن أن يصدر من أهله في محله⁽⁵⁾. وقد اعترض الرافعي⁽⁶⁾ على عدّ العاقلين والمعقود عليه ضمن أركان العقد، متسائلاً عما إذا كان المراد منهما، أنه لا بد من وجودهما لتدخل صورة البيع في الوجود، فعندئذ وجب عدّهما ضمن الأركان، وإن كان المراد منهما أنه لا بد من حضورهما في ذهن ليتصور العقد، فلا يسلم هذا الاعتبار؛ لكون العقد فعلاً، والفاعل لا يدخل في حقيقة الفعل. ألا ترى أننا إذا عددنا أركان الصلاة والحج، لم نعد المصلي والحاج من جملتها.

1 - السمرقندي، مرجع سابق، ج2، ص/29.

2 - ابن جزري، مرجع سابق، ص/270.

3 - أبو حامد محمد بن محمد (الغزالي)، الوسيط في المذهب، تحقيق: أحمد محمود إبراهيم، محمد تامر، دار السلام- القاهرة، ط1: 1417هـ، ج3، ص/05.

4 - أبو إسحاق إبراهيم بن محمد بن عبد الله، المبدع في شرح المقنع، دار الكتب العلمية- بيروت، ط1: 1418هـ- 1997م، ج4، ص/04.

5 - الكاساني، مرجع سابق، ج5، ص/181.

6 - عبد الكريم بن محمد (الرافعي)، فتح العزيز بشرح الوجيز، دار الفكر، (بدون طبعة)، ج8، ص/98.

ورد عليه الرملي⁽¹⁾ مجيباً عن التساؤلين اللذين طرحهما؛ بكون الزمان والمكان لا يمكن ورودهما في أركان العقد، لعدم اختصاصهما به، وأن الركن إنما يراد به: ما لا بد للشيء منه في وجود صورته عقلاً؛ إما لدخوله في حقيقته أو لاختصاصه به، وعلى حد هذا التعريف يكون العاقدان، والمعقود عليه داخلين في أركان العقد.

يبدو من هذا الطرح، أن الخلاف في عدد أركان العقد منشؤه ومرجعه الأول؛ هو الخلاف في الاصطلاح، ونحن نعلم أنه لا مشاحة في الاصطلاح.

ولكن بتدقيق النظر في ما وراء الاصطلاح، يتبين أن هذا الخلاف جوهرى⁽²⁾، ونابع من اختلاف مميزات مدرسة الحنفية عن مدرسة الجمهور، فالحنفية الذين يقفون عند حدود الألفاظ حصروا مفهوم العقد في الإيجاب والقبول، لدلالته على التراضي المستفاد من قول الله تعالى: ﴿يَتَأْتِيهَا الَّذِينَ ءَامَنُوا لَا تَأْكُلُوا أَمْوَالِكُمْ بَيْنَكُمْ بِالْبَاطِلِ إِلَّا أَنْ تَكُونَ تِجَارَةً عَنْ تَرَاضٍ مِّنْكُمْ﴾ سورة النساء: الآية (29)، ولا يتوقع منهم أكثر؛ لأن أركان الشيء عندهم عبارة عن أجزاء الماهية.

أما الجمهور، فقد لاحظوا مع التعبير - أي الصيغة - المعبر - أي العاقدان -، كما لا حظوا ما يتعلق به هذا التعبير - أي المعقود عليه -، فحينئذ تدخل هذه العناصر كلها في أجزاء الماهية.

2/ أثر الخلاف في أركان العقد في بعض الفروع الفقهية: نتج عن اختلاف الفقهاء في تحديد عدد أركان العقد، خلاف في حكم العديد من العقود. وفيما يلي سأذكر بعض هذه الأحكام:

أ/ تساهل الحنفية⁽³⁾ فيما يتعلق بشروط العاقدين، من ذلك ما يظهر من قولهم بعدم الحجر على الحر البالغ العاقل إذا اعتراه سفه⁽⁴⁾، وأن تصرفه في ماله جائز، وإن كان مبذراً مفسداً، يتلف ماله فيما لا غرض له فيه، ولا مصلحة.

¹ - زكريا بن محمد بن زكريا الأنصاري، أسنى المطالب في شرح روض الطالب ومعه حاشية الرملي الكبير، دار الكتاب الإسلامي، (بدون طبعة)، ج2، ص/02.

² - د/ علي محي الدين علي القره داغي، مبدأ الرضا في العقود، دار البشائر الإسلامية- بيروت، ط2: 1414هـ- 1994م، ج1، ص/132، 133.

³ - كمال الدين محمد بن عبد الواحد (ابن الهمام)، فتح القدير، دار الفكر، (بدون طبعة)، ج9، ص/260.

⁴ - السفه: صفة للشخص المبذر لماله، إما لإنفاقه بإتباع شهواته؛ وإما لعدم معرفته بمصالحه، وإن كان صالحاً في دينه، والسفه خلاف الرشد. ابن جزري، مرجع سابق، ص/318.

أما الجمهور⁽¹⁾، فيقولون بلزوم الحجر على السفیه، لتخلف ضابط صحة التصرف في المال.
ب/ وكذلك الأمر بالنسبة للمعقود عليه، فقد تساهل الحنفية⁽²⁾ في شروط المعقود عليه؛ حيث قالوا في بيع الخمر والخنزير، إن قوبلا بالدين كالدراهم والدنانير فالعقد باطل، وإن قوبلا بعين - أي مقايضة كالعقد الواقع على خنزير في مقابلة خروف -، فالعقد فاسد.
وخالفهم الجمهور⁽³⁾ حيث اعتبروا الخلل في المعقود عليه، خلا في الركن، فحكموا ببطلان البيع.

ج/ وسع الحنفية أيضا دائرة العقود الفاسدة؛ التي تفيد الملك بالقبض، وضيقوا دائرة الباطلة، وهذه نتيجة طبيعية؛ لأن الخلل في الركن الواحد يكون أضيق مجالا من الخلل في ثلاثة.
وبناء على هذا الاعتبار، قال الحنفية⁽⁴⁾ أن البيع بالخمر يوجب الملك إذا تم القبض. وعللوا حكمهم هذا بأن محل العقد هو المالية في البدلين، ويتخيم العصور لا تتعدم المالية، وإنما ينعدم التقوم شرعا.
والمالية في الأشياء تثبت بالانتفاع بها، وقد أثبت الله تعالى ذلك في الخمر بقوله: ﴿يَسْأَلُونَكَ

عَنِ الْخَمْرِ وَالْمَيْسِرِ قُلْ فِيهِمَا إِثْمٌ كَبِيرٌ وَمَنْفَعٌ لِلنَّاسِ﴾ سورة البقرة: الآية (219).

أما الجمهور⁽⁵⁾، فتوسعهم في الأركان نتج عنه توسعهم في الأمور الموجبة للبطلان، فأدخلوا أغلب أنواع الفاسد عند الحنفية، في الباطل. وبناء عليه قالوا إن القبض في العقود الفاسدة لا يفيد الملك؛ ويلزم رد العين، إذا كان المبيع قائما، وإن فات بيد المبتاع، صحح العقد برد القيمة.

1 - الإمام مالك بن أنس برواية الإمام سحنون بن سعيد التتوخي عن الإمام عبد الرحمان بن قاسم، المدونة الكبرى، دار الكتب العلمية، ط1: 1415هـ - 1994م، ج4، ص75. أبو عبد الله محمد بن إدريس (الشافعي)، الأم، دار المعرفة - بيروت، ط: 1410هـ - 1990م، ج3، ص223. موفق الدين ابن قدامة المقدسي، المغني، ج4، ص352.
2 - أبو الحسن برهان الدين علي بن أبي بكر (المرغيناني)، الهداية في شرح بداية المبتدي، تحقيق: طلال يوسف، إحياء التراث العربي - بيروت، (بدون طبعة)، ج3، ص43.
3 - أبو عمر يوسف بن عبد الله (النمري)، الكافي في فقه أهل المدينة، تحقيق: محمد أحمد ولد ماديك، مكتبة الرياض الحديثة - الرياض، ط2: 1400هـ - 1980م، ج2، ص675. أبو زكريا محي الدين يحيى بن شرف (النووي)، المجموع شرح المذهب، دار الفكر، (بدون طبعة)، ج14، ص121. موفق الدين ابن قدامة المقدسي، المغني، ج4، ص192.
4 - المرغيناني، مرجع سابق، ج3، ص43.
5 - ابن رشد الجد، المقدمات الممهدة، ج2، ص76. أبو إبراهيم إسماعيل بن يحيى (المزني)، مختصر المزني (الكتاب مطبوع ملحقا بكتاب الأم للإمام الشافعي)، دار المعرفة - بيروت، ط: 1410هـ - 1990م، ص175. موفق الدين ابن قدامة المقدسي، الكافي في فقه الإمام أحمد بن حنبل، ج2، ص12.

الفرع الثاني: دلالة أركان العقد على حماية الثقة في العقود

رمى الشارع الحكيم بتشريعه للمعاملات المالية إلى تحصيل مصالح الناس بالدرجة الأولى، كما قصد بها ترويج الأموال وتيسير تداولها بين الأفراد، ليتحقق بذلك انتعاش الاقتصاد الإسلامي ونموه. ورعاية هذه المقاصد الشرعية تتيسر مع حصر وتضييق المواطن التي قد تخل بتلك المعاملات، لا مع توسيعها فالخلل في جانب واحد أقل ضرراً من الخلل في خمسة جوانب. وعليه، فإن قيام العقد على الصيغة وحدها، أكثر وجاهة من إدراج العاقدين والمعقود عليه ضمن الأركان؛ لأن العاقدين والمعقود عليه أمور ثابتة في العقد بالضرورة، وهي خارجة عن ماهية العقد؛ لأنه لا يتصور وجود عقد دون وجود طرفين يتوليان إبرامه، ومحل يمثل موضوع العقد. وبافتراض ضرورة النص على وجود العاقدين والمعقود عليه لقيام العقد؛ فإن الاحتياط لإثباتهما متدارك من خلال اعتبارهما من الشروط اللازمة لقيام العقد. كما ينتج عن التوسع في أركان العقد، زيادة منافذ الخلل إليه، فيؤدي ذلك إلى إلغاء العديد من العقود التي لو اعتبرنا قيامها على ركن واحد، لكان فيها مجال للتصحيح بدلاً عن إلغاء العقد. وهذا الرأي ينم عن رعاية الشارع لثقة الأفراد في تلك المعاملات، إذ جعل فيها فرصة للتصحيح وتحصيل ثمار العقد، خصوصاً في حالة ما إذا تخطى العقد مرحلة الانعقاد.

المطلب الثالث: الباعث على التعاقد ودلالاته على حماية الثقة في المعاملات المالية

لا يخلو عقد أي كان نوعه من سبب أو باعث يوجه الإرادة إليه، وحكم السبب الباعث على التعاقد محل خلاف وجدل كبيرين بين الفقهاء. وفي هذا المطلب سأتحدث عن الباعث على التعاقد، ثم أبين دلالاته على حماية الثقة في المعاملات المالية.

الفرع الأول: الباعث على التعاقد

الباعث على التعاقد محل خلاف وجدل بين الفقهاء، وفي هذا الفرع سأورد معنى الباعث، ثم أبين خلاف الفقهاء في الاعتداد به.

البند الأول: معنى الباعث

لبيان المعنى الشرعي للفظ الباعث سأورد معناه اللغوي، ثم إطلاقه عند الفقهاء. أولاً/ تعريف الباعث لغة: الباعث، اسم فاعل من الفعل بعث، ويدل على التغيير من حالة إلى أخرى. جاء

في معجم اللغة العربية المعاصرة ⁽¹⁾: "الباعث هو الدافع والسبب والداعي، ومعناه الفكرة التي تنزع إلى إحداث عمل إرادي".

ثانيا/ تعريف الباعث اصطلاحا: يطلق لفظ الباعث في اصطلاح الفقهاء، ويراد به معناه اللغوي، وهو الدافع والسبب والداعي، فقد ذكر الإمام الغزالي في كتابه الإحياء ⁽²⁾ كلاما طويلا حول الباعث والسبب، يستفاد منه أن الباعث هو الشيء الذي ينتهز القدرة لإرادة، بأداء تصرف اتجهت إليه. وبهذا، يكون معنى الباعث: الدافع الذي يوجه الإرادة للقيام بتصرف معين وعلى وجه مخصوص.

البند الثاني: خلاف الفقهاء في الاعتداد بالباعث

اتفق الفقهاء ⁽³⁾ وتوافقت آراؤهم، على أن الباعث على التعاقد إذا كان متضمنا في صيغة العقد، أو مصرحا به أثناء التعاقد، كأن يذكر المتعاقدين السبب الذي دفعهما إلى إبرام العقد؛ فإن هذا الباعث يعتد به، وحكم العقد في هذه الحالة يكون تابعا لحكم الباعث عليه، فإن كان الباعث مشروعا كان العقد صحيحا، وإن كان الباعث غير مشروع فإن العقد يكون باطلا. كما اتفقوا أيضا على أن الباعث، إذا كان واضحا، أو يمكن استخلاصه من ظروف حال المتعاقدين، ولو لم ينص عليه صراحة، أو أن طبيعة المعقود عليه تدل دلالة واضحة على سبب محرّم، فإن العقد يكون باطلا أيضا؛ كبيع السلاح في زمن الفتن لأهل الفتنة أو قطاع الطرق، فالسلاح لا يستعمل إلا للقتل، فيحرم بيعه في هذه الحالة.

لكن اختلفوا حول ما إذا لم يظهر الباعث ونية وقصد المتعاقد من إبرام العقد في الصيغة. وفي هذا البند سأذكر آراء الفقهاء في الاعتداد به، والأدلة التي ساقوها لإثبات تلك الآراء، ومناقشتها. **أولا/ آراء الفقهاء في الاعتداد بالباعث:** سلك الفقهاء في خلافهم حول الاعتداد بالباعث اتجاهين متعارضين هما:

1/ الاتجاه الأول: يمثل هذا الاتجاه فقهاء الحنفية ⁽⁴⁾، والشافعية ⁽⁵⁾، ووجهتهم أن الباعث والنية لا يبحث عنهما إلا في صيغة العقد، وبعبارة أوضح الالتزام بما دلت عليه صيغة العقد، وبما كان مقترنا بها، فإن صرح بذكر السبب، فهو معتبر، ومؤثر في حكم العقد، وإن لم يصرح به، فلا اعتبار له، ويبقى العقد على أصل الإباحة، ولا يجوز لنا أن نتجاوز حدود الظاهر لنبحث عن الدوافع الخفية.

1 - د/ أحمد مختار عمر، مرجع سابق، ج1، ص/222.

2 - أبو حامد محمد بن محمد (الغزالي)، إحياء علوم الدين، دار المعرفة- بيروت، (بدون طبعة)، ج4، ص/365.

3 - البابرّي، مرجع سابق، ج6، ص/108. الخطاب، مرجع سابق، ج4، ص/254. الإمام الشافعي، مرجع سابق، ج3، ص/75. موفق الدين ابن قدامة القدسي، المغني، ج4، ص/167.

4 - البابرّي، مرجع سابق، ج6، ص/108. ابن عابدين، مرجع سابق، ج4، ص/254.

5 - الماوردي، مرجع سابق، ج5، ص/270. الإمام الشافعي، الأم، ج3، ص/75.

وقد ذكر الإمام الشافعي⁽¹⁾، في كتابه "الأم" عبارة قوية تفيد هذا المعنى حيث قال: "وأصل ما أذهب إليه، أن كل عقد كان صحيحا في الظاهر، لم أبطله بتهمة، ولا بعادة بين المتبايعين، وأجزته بصحة الظاهر، وأكره لهما النية إذا كانت النية لو ظهرت كانت تفسد البيع. وكما أكره للرجل أن يشتري السيف على أن يقتل به، ولا يحرم على بائعه أن يبيعه ممن يراه أنه قد يقتل به ظلما؛ لأنه قد لا يقتل به، ولا أفسد عليه هذا البيع، وكما أكره للرجل أن يبيع العنب لمن يراه أنه يعصره خمرًا، ولا أفسد البيع إذا باعه إياه؛ لأنه باعه حلالًا، وقد يمكن أنه لا يجعله خمرًا أبداً".

2/ الاتجاه الثاني: ويمثل هذا الاتجاه فقهاء المالكية⁽²⁾، والحنابلة⁽³⁾، ومن وافقهم من الظاهرية⁽⁴⁾، والجعفرية⁽⁵⁾، وتتمثل وجهة نظرهم⁽⁶⁾ في أن السبب الباعث على التعاقد معتبر، ومؤثر في حكم العقد، صحة، أو فسادًا، سواء كان واضحًا في صيغة العقد، أو دلت عليه قرائن مستفادة من طريقة التعاقد، أو من ظروف المتعاقدين الشخصية، والمادية.

وقد ذكر ابن قيم الجوزية في كتابه إعلام الموقعين⁽⁷⁾، كلامًا يفيد هذا المعنى حيث قال: "هل الاعتبار بظواهر الألفاظ والعقود، وإن ظهرت المقاصد والنيات بخلافها، أم للمقصود والنيات تأثير يوجب الالتفات إليها، ومراعاة جانبها؟. فقد تظاهرت أدلة الشرع وقواعده، على أن القصد في العقود معتبرة، وأنها تؤثر في صحة العقد، وفساده، وفي حله، وحرامه".

فعلى رأي أصحاب هذا الاتجاه، لا يجوز بيع الخشب لمن يصنع منه صليبًا، وبيع العنب لمن يتوقع أن يعصره خمرًا، وبيع السلاح لمن يتصور أن يقتل به...

ثانيا/ أدلة الفريقين: استدلت كل فريق لإثبات وجهة رأيه بأدلة وافية أذكرها فيما يلي:

1/ أدلة الاتجاه الأول: استدلت أصحاب الاتجاه الأول بأدلة كثيرة أذكر منها ما يلي:

- 1 - الإمام الشافعي، الأم، ج3، ص/75.
- 2 - أبو الوليد محمد بن أحمد (ابن رشد الجد)، البيان والتحصيل، تحقيق: د/ محمد حجي وآخرون، دار الغرب الإسلامي - بيروت، ط2: 1408هـ - 1988م، ج18، ص/614. الخطاب، مرجع سابق، ج4، ص/254.
- 3 - موفق الدين ابن قدامة المقدسي، المغني، ج4، ص/168.
- 4 - أبو محمد علي بن أحمد (ابن حزم الظاهري)، المحلى بالآثار، دار الفكر - بيروت، (بدون طبعة)، ج7، ص/522.
- 5 - أبو جعفر محمد بن الحسن بن علي (الطوسي)، النهاية في مجرد الفقه والفتاوى، دار الكتاب العربي - بيروت، ط2: 1400هـ - 1982م، ص/369.
- 6 - د/ عبد الحليم القوني، مرجع سابق، ص/464.
- 7 - محمد بن أبي بكر بن أيوب (ابن قيم الجوزية)، إعلام الموقعين عن رب العالمين، تحقيق: محمد عبد السلام إبراهيم، دار الكتب العلمية - بيروت، ط1: 1411هـ - 1991م، ج3، ص/89.

أ/ ما رواه الإمام مالك عن النبي صلى الله عليه وسلم أنه قال: «إنما أنا بشر مثلكم، وأنكم تختصمون إلي، ففعل بعضكم أن يكون ألحن بحجته من بعض، فأقضي له على نحو ما أسمع منه، فمن قضيت له بشيء من حق أخيه فلا يأخذ منه شيئاً، فإنما أقطع له قطعة من النار»⁽¹⁾.

ذكر الشوكاني⁽²⁾ في معنى هذا الحديث، أن النبي صلى الله عليه وسلم أمر بالحكم بالظاهر، والله يتولى السرائر.

والشاهد من هذا الحديث أن النبي صلى الله عليه وسلم صرح بأن الحكم بين المتخاصمين يبنى على الظاهر من كلامهم وبيّناتهم، ولم يتوقف صلى الله عليه وسلم في الفصل في قضاياهم، ليبحث عن نياتهم وقصودهم، فدل ذلك على أن الأحكام لا تبنى إلا على الظاهر.

ب/ واستدلوا أيضاً بما ورد من حديث رسول الله صلى الله عليه وسلم، أنه قال لخالد بن الوليد رضي الله عنه: «إني لم أؤمر أن أنقب عن قلوب الناس، ولا أشق بطونهم»⁽³⁾.

يدل هذا الحديث كما دل الحديث السابق على أن الأحكام لا تتناط إلا بما ظهر من المكلف، وقد صرح النبي صلى الله عليه وسلم بأنه غير مأمور بالتفتيش عما وارته الصدور.

ج/ كما استدلوا أيضاً بقول النبي صلى الله عليه وسلم: «إن الله تجاوز لأمتي عما وسوست، أو حدثت به أنفسها، ما لم تعمل به، أو تتكلم»⁽⁴⁾.

والشاهد من هذا الحديث، أن النبي صلى الله عليه وسلم بين أن الله تعالى نفى الحرج عن أمته، عما يقع في الأنفس ما لم يرد العمل بالجوارح، أو القول باللسان على وفق ذلك⁽⁵⁾. فدل على أن الأمور الخفية التي تختلج النفس لا يترتب عليها حكم، إلا إذا خرجت إلى الواقع بأي طريق من طرق التعبير. وفي هذا دلالة على أن الأحكام في الدنيا؛ إنما تبنى على الظاهر.

2/ أدلة الاتجاه الثاني: استدلت أصحاب الاتجاه الثاني لرأيهم بأدلة من الكتاب، والسنة، والمعقول اذكرها فيما يلي:

1 - سبق تخريجه في الصفحة 12.

2 - محمد بن علي بن محمد بن عبد الله (الشوكاني)، نيل الأوطار، تحقيق: عصام الدين الصبابي، دار الحديث - مصر، ط1: 1413هـ - 1993م، ج1، ص/359.

3 - رواه البخاري، في كتاب المغازي، باب بعث علي بن أبي طالب وخالد بن الوليد رضي الله عنهما، ج5، ص/163 (4351).

4 - رواه البخاري، في كتاب الأيمان والنذور، باب إذا حنت ناسيا في الأيمان، ج8، ص/135 (6664).

5 - أبو الفضل أحمد بن علي (ابن حجر العسقلاني)، فتح الباري شرح صحيح البخاري، رقم كتبه وأبوابه و أحاديثه: د/محمد فؤاد عبد الباقي، أخرجه و صححه وأشرف على طبعه: محب الدين الخطيب، دار المعرفة - بيروت، ط: 1379هـ، ج5، ص/161.

أ/ من الكتاب: استدلوا بقول الله تعالى: ﴿ وَتَعَاوَنُوا عَلَى الْبِرِّ وَالتَّقْوَىٰ ۖ وَلَا تَعَاوَنُوا عَلَى الْإِثْمِ وَالْعُدْوَانِ ۗ ﴾ سورة المائدة: الآية (02).

قال الطبري⁽¹⁾ في تفسيره لهذه الآية: "معناها وليعن بعضكم بعضا أيها المؤمنون على البر؛ وهو العمل بما أمر الله بالعمل به، والتقوى؛ وهو اتقاء ما أمر الله باتقائه، واجتنابه من معاصيه. أما قوله ولا تعاونوا على الإثم والعدوان، فيعني: ولا يعن بعضكم بعضا على الإثم؛ الذي هو ترك ما أمركم الله بفعله، والعدوان؛ وهو أن تتجاوزوا ما حد الله لكم في دينكم".

ووجه دلالة هذه الآية على الرأي الثاني؛ هو أن الحكم بصحة العقد الذي انبثق عن باعث غير

مشروع يعد من قبيل التعاون على الإثم والعدوان، وفسخه تعاون على البر والتقوى.

ب/ من السنة: استدلوا بما رواه عمر بن الخطاب رضي الله عنه عن رسول الله صلى الله عليه وسلم أنه قال: «إنما الأعمال بالنيات، وإنما لكل امرئ ما نوى، فمن كانت هجرته إلى دنيا يصيبها، أو امرأة ينكحها فهجرته إلى ما هاجر إليه»⁽²⁾.

لا يخفى على كل دارس للفقهاء ما لهذا الحديث من مكانة في التشريع الإسلامي عموماً، فقد نقل عن أكثر أهل العلم، أنه واحد من الأحاديث الأربعة التي يدور عليها الفقه⁽³⁾.

يدل هذا الحديث دلالة صريحة واضحة وعامة، على أن الأعمال تابعة لنياتها، فهي تصح بصحتها وتفسد بفسادها، وكلمة: «إنما» الواردة في الحديث تفيد الحصر حقيقة؛ وهو إثبات الحكم لما بعدها، ونفيه عما عداها⁽⁴⁾. وبالتالي لا يمكن الحكم على عمل بالصحة، إذا كان السبب الدافع إليه غير مشروع، سواء كان هذا السبب صريحاً، أو ضمنياً.

1 - أبو جعفر محمد بن جرير بن زيد (الطبري)، جامع البيان في تأويل القرآن، تحقيق: أحمد محمد شاكر، مؤسسة الرسالة، ط1: 1420هـ - 2000م، ج8، ص52.

2 - رواه البخاري، في كتاب بدء الوحي، باب كيف كان بدء الوحي إلى رسول الله صلى الله عليه وسلم، ج1، ص06 (01).

3 - نقل الخطابي في كتابه معالم السنن بعض أقوال الفقهاء بهذا الخصوص، منها أن مدار الفقه على أربعة أحاديث، أولها حديث النعمان بن بشير: «الحلال بين والحرام بين»، وثانيها حديث عمر بن الخطاب: «الأعمال بالنيات»، وثالثها حديث أبي هريرة: «إن الله طيب لا يقبل إلا الطيب»، ورابعها حديث أبي هريرة أيضاً: «من حسن المرء تركه ما لا يعنيه». أبو سليمان حمد بن محمد بن أبي إبراهيم (الخطابي)، معالم السنن، المطبعة العلمية - حلب، ط1: 1351هـ - 1932م، ج4، ص365.

4 - محمد علي بن محمد (الصدوق الشافعي)، دليل الفالحين لطرق رياض الصالحين، اعتنى به: خليل مأمون شيا، دار المعرفة - بيروت، ط1: 1425هـ - 2004م، ج1، ص53.

ج/ من المعقول: استدلت أصحاب هذا الرأي؛ بكون الناظر في صيغ العقود والتصرفات، يجد أنها إخبارات عما في النفس من المعاني التي هي أصل العقود، ومبدأ الحقيقة التي يصير بها اللفظ كلاماً معتبراً، وأنها لا تصير كلاماً معتبراً إلا إذا قرنت بمعانيها. فتصير تلك الصيغ إنشاءً للعقود والتصرفات، من حيث أنها أثبتت الحكم وبها وجد، وإخبارات من حيث دلالتها على المعاني التي في النفس⁽¹⁾. وعليه، فإن اعتبار صيغ العقود يكون تابعاً لقصد المتلفظ بها، تصح إذا وافقت قصده وضح هذا القصد، وتفسد إذا لم توافقه، أو فسد قصده.

ثالثاً/ مناقشة أدلة الاتجاهين: أبدى كل اتجاه معارضته لما اتجه إليه الفريق المقابل. وفيما يلي سأعرض مناقشة كل فريق لأدلة معارضته.

1/ مناقشة أدلة الاتجاه الأول: أبدى المالكية، والحنابلة بعض الاعتراضات على استدلال الحنفية، والشافعية بالأدلة السابقة الذكر. وفيما يلي سأعرض مناقشة أدلتهم.

أ/ يناقش استدلالكم بحديث: «إنما أنا بشر مثلكم» بأن الحديث يتضمن معنى يفيد عكس ما ذهبتم إليه، وهو قوله صلى الله عليه وسلم «إنما أنا بشر»، ففيه دلالة على أن النبي صلى الله عليه وسلم اعتذر وعلل حكمه بالظاهر، وإن لم يطابق الواقع، بكونه بشر لا يعلم الغيب⁽²⁾، وفي هذا إشارة إلى أن المطلوب أصلاً هو اليقين، أو النية الباطنة.

ب/ أما استدلالكم بحديث: «إنني لم أؤمر أن أنقب عن قلوب الناس» فليس في محله؛ لأنه وارد في أمر المنافقين الذين يظهرون خلاف ما يبطنون، ويظهر من هذا الحديث أن ما جاء به الرسول صلى الله عليه وسلم، هو أكمل ما أتت به شريعة⁽³⁾، فقد أمر صلى الله عليه وسلم أن يقاتل الناس، حتى يدخلوا في دين الإسلام، ويلتزموا طاعة الله ورسوله، ولم يؤمر بالتنقيب عن قلوبهم، ولا بشق بطونهم ليعلم مدى إخلاصهم، بل يُجري عليهم أحكام الله في الدنيا بما ظهر منهم، ويجري أحكامه في الآخرة على قلوبهم ونياتهم، وهذا خاص بالتعامل مع المنافقين.

ج/ إن الأدلة التي استندتم إليها تدل على أن الظاهر يعول عليه في الحكم على التصرفات، لكن لا لذاته، بل لكونه دليلاً على الباطن. فإذا ثبت بالدليل أن هذا الظاهر غير مطابق للباطن، تعين تركه والرجوع إلى النية الحقيقية. وإذا ظهر قصد المتكلم بمعنى الكلام، أو لم يظهر قصد يخالفه، وجب حمل

¹ - ابن قيم الجوزية، إعلام الموقعين، ج3، ص96.

² - عبد الرحمان بن صالح العبد اللطيف، القواعد والضوابط الفقهية المتضمنة للتيسير، عمادة البحث العلمي بالجامعة الإسلامية - المدينة المنورة، ط1: 1423هـ - 2003م، ج2، ص/640.

³ - ابن قيم الجوزية، إعلام الموقعين، ج3، ص/102.

كلامه على ظاهره. والأدلة التي ذكرها الشافعي وأضعافها كلها إنما تدل على ذلك⁽¹⁾، وهذا حق لا ينزاع فيه عالم، والنزاع إنما هو في غيره وهو أن اعتماد الظاهر الذي أثبتته جميع الأدلة، مرهون بعدم معرفة الباعث.

2/ مناقشة أدلة الاتجاه الثاني: أبدى الفريق الأول بعض الاعتراضات على ما اتجه إليه أصحاب الاتجاه الثاني نوجزها فيما يلي:

أ/ أما استدلالكم بحديث: «الأعمال بالنيات»، ففيه نظر، ذلك أن فيه إضماراً يستدعي تقدير مقتضى حتى يكتمل معناه، وتقديره عندنا "إنما ثواب الأعمال بالنيات"، فقد يصح العمل من فاعله، لكن لا يترتب عليه ثواب، لعدم موافقته للنية المطلوبة.

وإذا سلمنا أن حديث «الأعمال بالنيات» يدل على اشتراط النية، لكن في الأعمال التي تعد من

قبيل العبادات⁽²⁾، أما المعاملات فهي مبنية على أصل الإباحة، وتقدير اشتراط النية فيها هو حصول ثواب الطاعة، أما فسادها فيترتب عليه الإثم في الآخرة، لتبقى العقود في الحياة الدنيا على أصل الصحة⁽³⁾.

2/ وناقش ابن السبكي⁽⁴⁾ المالكية، معترضا على ما اتجهوا إليه فقال: "إن النزاع مع فقهاء المالكية مشهور في الأصل، وقد وافق المالكية الشافعية كما ظهر من كلامهم، في عدم إناطة الأحكام بالمقاصد ووجوب ربطها بمظان ظاهرة، فقد يوجد القصد الفاسد في عقد نتفق نحن وهم على الحكم بصحته، وقد يعدم القصد الفاسد في عقد يحكم المالكية بفساده. والحكم حينئذ بالفساد، احتكاماً بنصب شيء مفسد، وذلك منصب الشارع، وليس لأحد الفقهاء استقلال به، فإذا لم يكن الرجوع إلى المقاصد الخفية جائزاً اتفاقاً. فالأولى الاعتماد على ظواهر العقود الشرعية".

الفرع الثاني: دلالة الباعث على التعاقد على حماية الثقة في المعاملات المالية

بعد عرض أدلة الفريقين، ومناقشتها أخلص إلى ترجيح رأي الحنفية، والشافعية؛ لأن الظاهر هو

1 - نفس المرجع، ج3، ص/89، 97 .

2 - أبو محمد جمال الدين علي بن أبي يحيى، اللباب في الجمع بين السنة والكتاب، تحقيق: د/ محمد فضل عبد العزيز المراد، دار القلم، الدار الشامية- دمشق، بيروت، ط2: 1414هـ- 1994م، ج1، ص/101.

3 - ابن عابدين، مرجع سابق، ج6، ص/402.

4 - أبو الحسن تقي الدين علي بن عبد الكافي (ابن السبكي)، تكملة المجموع شرح المهذب، دار الفكر، (بدون طبعة)، ج10، ص/155.

الذي يثق الناس به ويطمئنون إليه⁽¹⁾. وهذا الظهور يمكن ضبطه بخلاف الباطن الخفي عن الناس، والبعيد عن أعينهم؛ فإن ثقتهم فيه ضعيفة لعدم انضباطه، ومن ثمة كان منطقياً أن يتعلقوا بالقدر المتيقن منه.

وبناء الأحكام والعقود على الظاهر يؤكد شفافية المعاملات المالية، ويدل على حماية الشارع لثقة الأفراد فيها، فالظاهر الواضح بالنسبة إليهم؛ هو الذي رتب عليه نتائج معاملاتهم، مما ينتج عنه اطمئنانهم إليه.

المطلب الرابع: لزوم العقد ودلالته على حماية الثقة المعاملات المالية

سبق أن ذكرت فيما مضى أن آثار العقد، وأحكامه من وضع الشارع، وليس للمتعاقدين أن يعدّلاً منها إلا قدر ما يبسر لهما تحقيق رغبات لا تتعارض مع مقصود الشارع منها، ومن هذه الآثار: "لزوم العقد"؛ الذي يترتب عليه إلزام طرفي العقد بالوفاء بما تعهدا به، ليتم تبادل الأعيان بعديل وأمانة، وفي هذا المطلب سأحدث عن لزوم العقد، ثم أبين دلالاته على حماية الثقة في المعاملات المالية.

الفرع الأول: لزوم العقد

الحديث عن لزوم العقد يستلزم الوقوف على معناه، وبيان شروطه، ثم استثمار خلاف الفقهاء فيها.

البند الأول: معنى لزوم العقد وأنواع العقود اللازمة

لزوم العقد أثر من تقرير الشارع. وفي هذا البند سأبين معناه، ثم أذكر أنواعه ليتضح الجانب المقصود منه بالدراسة.

أولاً/ معنى لزوم العقد: للتوصل إلى معنى لزوم العقد، سأبين المعنى اللغوي للفظ اللزوم، ومن ثمة يتبين معنى المركب الإضافي في الاصطلاح الفقهي.

- 1/ **تعريف اللزوم لغة:** اللزوم مصدر من الفعل لزم، نقول لزم الشيء يلزمه لزوماً أي: لا يفارقه⁽²⁾، ولزم المكان: خدر وأقام ومكث فيه⁽³⁾. فمصطلح اللزوم في اللغة يتضمن معنى الاستقرار والثبات.
- 2/ **معنى لزوم العقد في اصطلاح الفقهاء:** لم أعر في كتب الفقهاء المتقدمين على تعريف لزوم العقد، أما المتأخرون فقد عرفوه بتعريفات متقاربة المعنى أذكر منها في هذا المقام اثنين:
أ/ عرف الدكتور كمال الدين إمام⁽⁴⁾ العقد اللازم بقوله: "هو العقد الذي لا يستقل أحد العاقدين بفسخه".

1 - د/ عبد الحلیم القونى، مرجع سابق، ص/186.

2 - ابن منظور، مرجع سابق، ج12، ص/541.

3 - أبو الحسن علي بن إسماعيل بن سيده المرسي، المخصص، تحقيق: خليل إبراهيم جفال، دار إحياء التراث العربي - بيروت، ط1: 1417هـ - 1996م، ج3، ص/321.

4 - د/ كمال الدين إمام، مرجع سابق، ص/487.

ب/ وعرف الأستاذ الدكتور وهبة بن مصطفى الزحيلي⁽¹⁾ اللزوم بقوله: "هو عدم استطاعة فسخ العقد إلا بالتراضي".

انطلاقاً من هذين التعريفين يتضح أن لزوم العقد يقصد به إحكام رابطة العقد، واكتسابه قوة يتعين على كل طرف بموجبها أن يفي بما تعهد به، حتى لا يتسنى لأي منهما فسخه دون تحقق رضا الطرف الآخر.

ثانياً/ أنواع العقود اللازمة: بعد بيان معنى لزوم العقد، يتعين علي أن أشير إلى أنواع اللزوم، خصوصاً وأن موضوع هذه الدراسة يتناول عقوداً مختلفة الأشكال والآثار، وتبعاً لهذا التنوع تكون العقود اللازمة نوعان:

1/ العقود اللازمة لطرفين: وهي العقود التي تقع القوة الملزمة فيها على طرفي العقد - أي إحكام العقد من الطرفين - وليس لأي طرف منه الاستقلال بفسخه دون رضا الطرف الآخر، وبهذا يكون إطلاق لزوم العقد ينصرف إلى لزوم العقد للطرفين .
ومن أمثلة هذا النوع:

أ/ **عقود المعاوضات المالية**⁽²⁾: فمعنى المبادلة فيها لا يتحقق إلا بلزوم دفع الأعيان من الطرفين.

ب/ **عقد الوكالة**⁽³⁾: فتعاملات الوكيل لازمة للموكل بمقتضى عقد الوكالة، وأثارها منصرفة إليه، وللزوم المقصود هنا؛ هو لزوم آثار التصرفات التي أبرمت بموجبها، لا أصل عقد الوكالة، إذ الأصل في عقد الوكالة الجواز من الجانبين، فيحق لأي منهما الاستقلال بفسخ العقد، كما أن الأصل في عقد الوكالة التبرع لا المعاوضة، لما ينطوي عليه من معاني الإحسان إلى الغير بتحمل أعباء معاملاتهم.

2/ العقود اللازمة لطرف واحد: وهي العقود التي تقع القوة الملزمة فيها على طرف واحد - أي إحكام العقد من جهة واحدة - فيكون العقد ملزماً لأحد العاقدين، غير ملزم للآخر، ويتسنى للأخير الاستقلال بفسخ العقد وقت ما شاء ولو بغير رضا الآخر.

ومن أمثلة هذا النوع :

1/ عقد الرهن⁽⁴⁾: فهو لازم للمرتهن، ولكنه غير لازم للراهن. وعليه يستطيع الراهن فسخ العقد، وردّ الرهن دون رضا المرتهن.

1 - أ. د/ وهبة بن مصطفى الزحيلي، مرجع سابق، ج4، ص/3085.

2 - بدر الدين العيني، مرجع سابق، ج7، ص/387.

3 - ابن رشد الجد، البيان والتحصيل، ج5، ص/36.

4 - المواق المالكي، مرجع سابق، ج6، ص/552.

2/ **عقد الكفالة**⁽¹⁾: فهو عقد ملزم للكفيل، لكنه غير ملزم للمكفول له، ويستطيع المكفول له فسخ العقد في أي وقت شاء.

البند الثاني: شروط لزوم عقد البيع وثمرة الخلاف فيها

الحديث عن لزوم العقد، وشروطه يأتي في المرحلة الأخيرة للعقد، بعد تحقق شروط الصحة والنفاد، فالعقد اللازم هو بالضرورة عقد صحيح ونافذ، ولما كانت العقود مختلفة ومتنوعة، وجب أن تكون الشروط التي تبني عليها مختلفة ومتنوعة أيضا. وفي هذا المقام سأقصر الحديث في الشروط على عقد البيع لكونه أساس جميع العقود، ثم أبين ثمرة خلاف الفقهاء فيها.

أولا/ معنى الشرط: سآبين معنى الشرط بإيراد معنييه اللغوي والاصطلاحي:

1/ **تعريف الشرط لغة:** والشرط هو العلامة، ومنه تكون الشروط التي يجعلها الناس بعضهم على بعض؛ إنما هي علامات يجعلونها بينهم⁽²⁾.

2/ **تعريف الشرط اصطلاحا:** ويطلق الفقهاء⁽³⁾ مصطلح الشرط على ما يتوقف عليه وجود الشيء، سواء كان في العلة أو الحكم، وهو خارج عن ماهيته.

فالشرط بهذا المعنى لا يخرج عن إطار الإطلاق اللغوي له، فتوافر الشروط علامة، وسبب لوجود العقد حقيقة، وحكما.

كما أن هذا المعنى للشرط، يتفق مع معنى الركن، فكل منهما يتوقف عليه وجود العقد، غير أن الشرط يختلف عن الركن في كونه خارجا عن ماهية العقد، والركن داخلا فيها.

ثانيا/ شروط عقد البيع: ذكرت فيما سبق أن لزوم العقد⁽⁴⁾ - عقد البيع - لا يتحقق إلا بعد تحقق شروط الانعقاد⁽⁵⁾ - وهذا النوع من الشروط عند فقهاء الحنفية الذين يفرقون بين شروط الانعقاد، وشروط الصحة - أو شروط الصحة⁽⁶⁾، إضافة إلى تحقق شروط النفاذ⁽⁷⁾.

1 - ابن رشد الجد، البيان والتحصيل، ج5، ص/228.

2 - الهروي، مرجع سابق، ج1، ص/211.

3 - دامادا أفندي، مرجع سابق، ج1، ص/89.

4 - شروط اللزوم: وهي الشروط التي بموجبها يستقر ويثبت حكم العقد في حق الطرفين. ابن عابدين، مرجع سابق، ج4، ص/505.

5 - شروط الانعقاد: وهي ما يشترط تحققه لجعل العقد في ذاته منعقدا شرعا، وإلا كان باطلا. د/ وهبة بن مصطفى الزحيلي، مرجع سابق، ج4، ص/225.

6 - شروط الصحة: وهي ما يشترط شرعا لترتب آثار العقد، فإن فقدت كان العقد فاسدا، أي مختلا اختلالا في ناحية فرعية متممة غير أساسية، مع كونه منعقدا موجودا في حد ذاته. الكاساني، مرجع سابق، ج4، ص/228.

7 - شروط النفاذ: وهي ما يشترط لثبوت حكم العقد الأصلي، والالتزامات. الكاساني مرجع سابق، ج4، ص/135.

ولما كانت الشروط التي يبني عليها عقد البيع محل خلاف بين المذاهب الفقهية، فضلت ذكرها في هذا الموضوع بالتفصيل لكن بشكل مقارنة بين المذاهب الفقهية الأربعة: الحنفي⁽¹⁾، المالكي⁽²⁾، الشافعي⁽³⁾، الشافعي⁽³⁾،

والحنبلي⁽⁴⁾، لتتضح الشروط مع مراتبها بقدر أكبر، ومن ثمة تظهر أوجه الاتفاق، والاختلاف فيها بين المذاهب.

1/ شروط الصيغة: اتحاد مجلس العقد دون فاصل طويل بين الإيجاب والقبول، وموافقة القبول للإيجاب، وعدم التوقيت كل هذه الشروط محل اتفاق بين الفقهاء، وإن صرح بها بعضهم دون البعض الآخر. أما اشتراط كون الصيغة لفظية دون أن يحل محلها الفعل، فهو محل اختلاف بينهم. لم يشترطها الحنفية والمالكية، وهي شرط عند الشافعية والحنابلة. ويتبع اشتراط لفظية الصيغة، تحقق المخاطبة في صيغة العقد، فتكون مشافهة حيث يسمع كل واحد منهما خطاب الآخر.

وعليه، لا يصح التعاقد بالمعاطاة عند الشافعية، بينما يصح التعاقد بها عند الجمهور.

2/ شروط العاقد: اتفق الفقهاء على اشتراط التكليف فيمن يتولى العقد، لكن اختلفوا في الأنواع التي يندرج تحتها، فهو شرط نفاذ عند الحنفية والمالكية، وشرط انعقاد عند الشافعية والحنابلة. واختلفوا أيضا في شرط التمييز؛ فهو شرط صحة عند الحنفية والمالكية. أما الشافعية، والحنابلة فلا يصح عندهم العقد من صبي مميز.

كما اتفقوا على اشتراط الاختيار والطوعية فيمن يتولى إبرام العقد، لكن اختلفوا في زمرة الشروط التي يندرج تحتها؛ فهو شرط انعقاد عند الشافعية والحنابلة، وشرط نفاذ عند الحنفية، وشرط لزوم عند المالكية.

3/ شروط المعقود عليه: اتفق الفقهاء على اشتراط كون المعقود عليه مالا متقوما، مباحا للانتفاع به شرعا، وكذا كونه طاهرا غير نجس، أو متنجس، موجودا، مقدورا على تسليمه، معلوما غير مجهول. لكن اختلفوا في حكم الجهالة؛ فهي تفسد العقد عند الحنفية، وتبطله عند الجمهور.

1 - الكاساني، مرجع سابق، ج5، ص/135. ابن عابدين، مرجع سابق، ج5، ص/50.

2 - خليل بن إسحاق بن موسى المالكي، مختصر العلامة خليل، تحقيق: أحمد جاد، دار الحديث - القاهرة، ط1: 1426هـ - 2005م، ص/143. ابن جزوي، مرجع سابق، ص/163.

3 - النووي، مرجع سابق، ج9، ص/226. الماوردي، مرجع سابق، ج5، ص/13.

4 - منصور بن يونس (البهوتي الحنبلي)، كشف القناع عن متن الإقناع، دار الكتب العلمية، (بدون طبعة)، ج3، ص/148. برهان الدين إبراهيم بن محمد، مرجع سابق، ج4، ص/06.

أما الملكية أو الولاية على المعقود عليه، فقد اتفقوا على اشتراطه، لكن اختلفوا في الزمرة التي يندرج تحتها فهو شرط نفاذ عند الحنفية، وشرط انعقاد عند الشافعية والحنابلة، وشرط لزوم عند المالكية.

4/ شرط اللزوم: أما اشتراط خلو العقد من الخيارات فهو شرط لزوم متفق عليه عند الجميع.

ولزوم العقد هو الحكم الأخير للعقد، بعد تحقق شروط الصحة والنفاذ، وإضافة شروط أخرى.

فالحديث عن كل مرتبة متوقف على صحة المرتبة التي قبلها. وعليه، يكون العقد اللازم عقدا صحيحا ونفاذاً، وليس بالضرورة كل عقد صحيح أو نافذ، لازماً.

أما القصد من إدراج شروط عقد البيع في هذا المحل بهذا الشكل المقارن، فهو بيان الشروط إلى

جانب مراتبها عند كل مذهب من المذاهب الأربعة، لتبين بنية العقد عند كل مذهب بشكل أوضح،

ويتيسر لي استثمار هذا الخلاف في استنباط عقود لها صلة وثيقة بموضوع هذا البحث.

ثالثاً/ ثمرة الخلاف في شروط عقد البيع: بإمعان النظر في شروط عقد البيع، وفي درجة تأثيرها، وبعد

بيان مواطن الاتفاق والاختلاف بين الفقهاء فيها، يمكنني أن أستنتج نوعين من العقود هما: "العقد

الموقوف"، و"العقد النافذ غير اللازم".

وفي هذا الموضوع سأبين آراء الفقهاء في حكمهما، ثم أبني على هذه الأخيرة مقارنة بين العقدين.

1/ العقد الموقوف: يطلق اسم العقد الموقوف على العقد الذي تحققت أركانه، لكن اختلف فيه أحد

الشرطين "الملك أو الولاية على المعقود عليه". وتعريف العقد الموقوف على هذا النحو يجعله أكثر

عموماً؛ لموافقته لآراء جميع المذاهب.

ويجدر بي أن أشير هنا إلى أن شرطي "الملك أو الولاية على المعقود عليه"، يصح اعتبارهما من

شروط العاقد، كما يصح اعتبارهما ضمن شروط المعقود عليه، لكون كل منهما صفة تلحق بهما جميعاً.

أ/ مفهوم العقد الموقوف عند الفقهاء: اختلف الفقهاء حول العقد الموقوف على ثلاثة آراء: الأول

للحنفية، الثاني للمالكية، والثالث للشافعية والحنابلة.

عرف الفقهاء العقد الموقوف انطلاقاً من بيان السبب الذي أدى إليه، وعليه تكون تعريفاتهم له

ثلاثة، تبعا للآراء الثلاثة:

أ/ مفهوم العقد الموقوف عند الحنفية: يطلق الحنفية⁽¹⁾ اسم العقد الموقوف على العقد الذي انعقد بتمام

أركانه، مستوفياً شروط صحته، لكن اختلف فيه أحد شروط النفاذ: الملك أو الولاية أو الأهلية.

ب/ مفهوم العقد الموقوف عند المالكية: لم أعرش عند فقهاء المالكية على تعريف واضح، وصريح للعقد

الموقوف. لكن يستنتج من بعض إشاراتهم بأن العقد الموقوف هو: العقد الذي تحققت أركانه، واستوفى

¹ - السمرقندي، مرجع سابق، ج2، ص/34.

شروط صحته، لكن اختلف فيه أحد شروط اللزوم: الملك، أو الولاية بنوعيه⁽¹⁾.

ج/ مفهوم العقد الموقوف عند الشافعية والحنابلة⁽²⁾: هو العقد الذي اختلف فيه أحد شروط الصحة: "الملك، أو الولاية".

ب/ تفصيل آراء الفقهاء في العقد الموقوف: سبق أن ذكرت أن الفقهاء انقسموا تبعاً لاختلافهم في حكم العقد الموقوف على ثلاثة آراء: الأول للحنفية، والثاني للمالكية، والثالث للشافعية والحنابلة. وبالاعتماد على معنى العقد الموقوف لدى أصحاب كل رأي، سأورد فيما يلي تفصيل آراءهم في حكمه.

أ/ رأي الحنفية في حكم العقد الموقوف: اتفق الحنفية على أن العقد الذي اختلف فيه شرط الملك، أو ما يقوم مقامه - الإنابة - أو الأهلية في العاقد، يكون موقوفاً على إجازة المالك، أو الولي، كما اتفقوا أيضاً على أن العقد في هذه الحالة ليس له حكم ظاهر.

لكنهم اختلفوا في تقدير هذا الحكم، حيث ذهب فريق منهم⁽³⁾ إلى عدّه من أقسام غير الصحيح، وحكم بفساده. وعلل هذا الحكم بعدم تمام الرضا، سواء كان السبب نقصان الأهلية أم عدم تمام الملك.

وذهب فريق ثانٍ⁽⁴⁾ إلى أنه داخل في الصحيح واعتبره قسماً منه. ومستندهم في هذا الحكم؛ هو أن العقد الموقوف يفيد الملك من غير توقف على القبض، والتوقف على الإجازة ليس فيه إضرار بالعقد؛ لأنه صدر من أهله وصادف محله، فلا ضرر في انعقاده موقوفاً.

وذهب فريق ثالث⁽⁵⁾ إلى اعتباره قسماً للصحيح. ومستندهم في تقرير هذا الحكم؛ هو تقسيم البيوع إلى أربعة أنواع: نافذة، وموقوفة، وفاسدة، وباطلة. فالنافذ ما أفاد الحكم للحال، والموقوف ما أفاده عند الإجازة، والفاقد ما أفاده عند القبض، والباطل ما لم يفده أصلاً.

هذا من جهة، ومن جهة أخرى؛ فإن التصرفات الشرعية تتوقف على ولاية الملك للمعقود عليه، كما

تتوقف على الأهلية المحلية⁽¹⁾ - الولاية على التصرف -، وباختلال هذا الشرط يخرج العقد من قسم الصحيح ليصبح قسماً له.

1 - محمد بن عبد الله (الخرشي)، شرح مختصر خليل للخرشي، دار الفكر للطباعة - بيروت، (بدون طبعة)، ج5، ص/18. ابن جزري، مرجع سابق، ص/163.

2 - النووي، مرجع سابق، ج3، ص/261. إبراهيم بن محمد بن عبد الله، مرجع سابق، ج5، ص/46.

3 - الكاساني، مرجع سابق، ج5، ص/155.

4 - فخر الدين عثمان بن علي (الزيلعي)، تبیین الحقائق شرح كنز الدقائق وحاشية الشلبي، المطبعة الكبرى الأميرية - بولاق: القاهرة، ط1: 1313هـ، ج4، ص/103.

5 - ابن نجيم، البحر الرائق، ج5، ص/282.

بعد عرض آراء فقهاء الحنفية في حكم العقد الموقوف، وبيان مأخذ كل رأي يترجح عندي اعتبار

العقد الموقوف من أقسام الصحيح، انطلاقاً من أمرين هما:

أ/ إقرار الحنفية بأن العقد الموقوف ليس له حكم ظاهر، وهذا الإقرار يستفاد منه أن الحكم الذي يقدر لهذا العقد يجب أن يكون مستنداً إلى دليل قوي. ودليلهم في هذا الموضوع هو أن العقد انعقد بتمام أركانه، ومستوفياً لشروط صحته. فيكون دخوله تحت أنواع الصحيح أولى من اعتباره قسيماً له، فضلاً عن اعتباره فاسداً.

ب/ أن الحنفية اتفقوا على أن سبب التوقف في العقد هو اختلال أحد شروط النفاذ بعد تحقق شروط الصحة؛ أي أن هذا التوقف هو توقف نفاذ لا توقف صحة. وبهذا يترجح الحكم على هذا العقد بالصحة. ب/ رأي المالكية في حكم العقد الموقوف: صرح فقهاء المالكية بأن العقد الموقوف؛ هو العقد الذي اختل فيه أحد الشروط: الملك، الولاية على المعقود عليه، أو الولاية على التصرف، وهذه الشروط يصنفها المالكية، في زمرة شروط لزوم العقد. وعليه يكون إطلاق اسم العقد الموقوف عند المالكية⁽²⁾، إنما يراد به العقد النافذ غير اللازم، وهذا العقد هو باتفاق فقهاء المالكية صحيح، وعدم اللزوم فيه لا يخرج من الصحة إلى الفساد.

ج/ رأي الشافعية والحنابلة في حكم العقد الموقوف: روي عن الإمام الشافعي في الجديد⁽³⁾، وعن الإمام أحمد في رواية⁽⁴⁾، أن العقد الذي اختل فيه أحد الشروط السابقة الذكر، يكون موقوف الصحة، والعقد في هذه الحالة يكون باطلاً. وهذا الرأي هو الراجح في المذهبين.

ومستندهم في هذا الحكم؛ هو أن الشافعية والحنابلة، يعدون كل من: شرط الملك أو الولاية على المعقود عليه، وشرط الولاية على التصرف من ضمن شروط صحة العقد. وعليه، يكون في الإخلال بها، إخلالاً بصحة العقد، لذا حكموا ببطلانه.

بعد عرض آراء الفقهاء في حكم العقد الموقوف، يمكنني أن أرجح الحكم بصحته، وهذا الحكم يوافق رأي المالكية، وبعض الحنفية.

ومنطلق هذا الترجيح؛ هو أن العقد قد تحقق فيه من الشروط ما يكفل صحته، فلا يكون التوقف فيه سبباً لإخراجه من الصحة إلى الفساد.

1 - الزيلعي، مرجع سابق، ج4، ص/103.

2 - أبو عبد الله محمد بن أحمد (عليش)، منح الجليل شرح مختصر خليل، دار الفكر - بيروت، ط: 1409 هـ - 1989 م، ج4، ص/438.

3 - ابن المحاملي، مرجع سابق، ص/235.

4 - ابن مفلح، مرجع سابق، ج5، ص/46.

2/ **العقد النافذ غير اللازم**: اتفق الفقهاء على أن مصطلح العقد النافذ غير اللازم يطلق، على العقد الذي استوفى شروط صحته، ونفاذه، لكن اختلف فيه أحد شروط لزوم.

لكن اختلفوا حول الشروط التي يؤدي الإخلال بها إلى عدم لزوم العقد. وفيما يلي سأبين مفهوم العقد النافذ غير اللازم، عند المذاهب الفقهية الأربعة، ثم أبين أوجه التوافق والاختلاف بينه وبين العقد الموقوف.

أ/ **مفهوم العقد النافذ غير اللازم عند الفقهاء**: اختلفت آراء الفقهاء في ترتيب شروط لزوم العقد، مما نتج عنه اختلافهم حول الأسباب التي تجعل العقد غير لازم. وفيما يلي سأورد مفهوم العقد النافذ غير اللازم عند فقهاء المذاهب الأربعة⁽¹⁾.

أ/ **مفهوم العقد النافذ غير اللازم عند الحنفية**: يطلق الحنفية مصطلح العقد النافذ غير اللازم على العقد الذي صدر من أهله، وصادف محله، غير أنه أشتمل على خيار للعاقدين، أحدهما أو كليهما.

ب/ **مفهوم العقد النافذ غير اللازم عند المالكية**: العقد النافذ غير اللازم عند المالكية: هو العقد الذي انعقد بتمام أركانه، واستوفى شروط صحته، لكن اختلف فيه أحد الشروط التالية: الملك، أو أهلية العاقد، أو الاختيار، أو دخول أحد أنواع الخيار على العقد.

ج/ **مفهوم العقد النافذ غير اللازم عند الشافعية والحنابلة**: يطلق الشافعية، والحنابلة مصطلح العقد النافذ غير اللازم على العقد الذي اكتملت أركانه، واستوفى شروط صحته، لكن اختلف فيه أحد شرطين: انقضاء مجلس العقد على التراضي، أو لحوق أحد الخيارات بالعقد.

ثالثاً/ **المقارنة بين العقدين**: لتسليط مزيد من الضوء، على هذين النوعين من العقود، سأجري مقارنة بينهما، لبيان أوجه التوافق والاختلاف بينهما لدى أصحاب كل رأي.

أما التوافق بين العقد الموقوف والعقد النافذ غير اللازم؛ فيتمثل في كونهما غير لازمين. وأما الاختلاف بينهما، فسأبينه فيما يلي:

1/ **عند الحنفية**: توقف العقد عند الحنفية يقصد به توقف النفاذ؛ أي أن العقد في هذه الحالة وإن كان صحيحاً لا ينتج أثراً، فلا تنتقل ملكية محل العقد إلى المشتري، ولا يلزم المشتري بدفع الثمن. ويبقى العقد على هذه الحالة، ولا يجوز لأحد العاقدين الاستقلال بفسخه حتى يصدر قرار المالك أو الولي. فإن أجازا العقد ترتبت عليه آثاره، وإن لم يجيزاه انفسخ.

¹ - أشير إلى أن المفاهيم، التي سأوردها بخصوص العقد النافذ غير اللازم، إنما استقدها من شروط لزوم العقد السالفة الذكر عند كل مذهب.

أما العقد النافذ غير اللازم؛ فهو العقد الذي انطوى على أحد الخيارات. وفي هذه الحالة يكون العقد صحيحا وناظا؛ فنترتب عليه آثاره من نقل الملك ولزوم دفع الثمن، غير أنه يتسنى لمن له حق الخيار، الاستقلال بفسخ العقد.

وعليه، يمكن القول بأن العقد الموقوف، والعقد النافذ غير اللازم عند الحنفية، وإن اتفقا في الصحة، فإن الآثار المترتبة عليهما مختلفة.

2/ عند المالكية: يحكم المالكية على العقد، بالتوقف على إجازة المالك أو الولي؛ إذا اختلت فيه بعض الشروط التي يعدونها في الآن نفسه ضمن شروط لزوم العقد، فهم يعتبرون العقد الموقوف، داخل تحت العقد النافذ غير اللازم؛ أي بينهما عموم، وخصوص، فكل عقد موقوف، هو عقد نافذ غير لازم، وليس بالضرورة كل عقد نافذ غير لازم، هو عقد موقوف.

3/ عند الشافعية والحنابلة: ذكرت فيما سبق أن للشافعية، والحنابلة في مسألة العقد الموقوف رأيان. الأول يوافق رأي الحنفية في اعتبار العقد الموقوف صحيحا، وعليه تكون مقارنة العقد الموقوف بالعقد النافذ غير اللازم عند أصحاب هذا الرأي، موافقة لما سبق ذكره عند الحنفية. أما الرأي الثاني فيعتبر أصحابه العقد الموقوف باطلا؛ أي ليس له وجود شرعي، فلا مجال عندهم لمقارنته بالعقد النافذ غير اللازم.

وحاصل هذه المقارنة؛ أن من اعتبر التوقف في العقد داخلا تحت عدم اللزوم، فلا إشكال لديه حيث جعل آثارهما واحدة.

أما في حالة التفرقة بينهما، فإن الحكم بعدم اللزوم يكسب العقد ثقة أكبر من العقد الذي حكم عليه بالتوقف، لأن العقد وإن لم يكن لازما، فإنه يكون نافذا، وتترتب عليه آثاره الشرعية مع منح حق الخيار لمن اختل رضاه.

أما في حالة التوقف؛ فإن العقد وإن تم انعقاده صحيحا، فإنه يتوقف عند هذه المرحلة، ولا يتسنى لأحد العاقدين الاستقلال بفسخه- إذا كان سبب التوقف اختلال شرط الأهلية أو شرط الملك؛ لأن الإجازة فيهما تكون من الولي أو المالك، وهما خارجان عن العقد. ولا حق للعاقدين في الاستقلال بفسخ العقد. أما إذا كان سبب التوقف اختلال شرط الطوعية في العاقد، ففي هذه الحالة يكون للمكره الحق في الاستقلال بفسخ العقد- ولا يكون نافذا، ويبقى العقد على هذه الحالة انتظارا للإجازة.

الفرع الثاني: دلالة لزوم العقد على حماية الثقة في المعاملات المالية

صفة اللزوم أصل في العقود التي يتم بموجبها انتقال الأموال والمنافع بين الأفراد والجماعات، وهذا الأصل ينتج عنه إبعاد نتائج المعاملات عن سيطرة المتعاملين بها، فلا يتسنى للمتعاقدين التهرب من

الوفاء بالمحل الذي تعهدوا به، وهذا يصب في مجرى استقرار العقود، ويسند الثقة في المعاملات المالية. فالقوة الملزمة التي تتمتع بها بعض العقود، تعد عاملاً جوهرياً في إبعاد العقد عن المخاطرة والغرر. لأن العقد يلزم العاقدين وتترتب عليه أحكامه وآثاره؛ من انتقال الملك في العوضين دون اختيار، إذا تحققت فيه شروط اللزوم، وذاك الإلزام ينظم العلاقة بين طرفي العقد، ويكفل حسن أداء الحقوق العقدية. وهذا يفرض إلى حماية ثقة المتعاقدين، في تحصيل مصالحهما من إبرام العقود، والتعامل بها. وبالنظر في تقسيم العقود اللازمة، وفي الأنواع المندرجة تحت كل قسم، أخلص إلى أن القوة الملزمة فيها، تقع على الطرف الذي ينشأ عن تخلف وفائه بالتزامه بإضرار بالطرف الآخر، وهذا الأخير ينتج عنه الإخلال بمقصود الشارع من ذلك العقد. فعقود المعاوضات المالية مثلاً يقصد منها تبادل الأعيان والمنافع بين طرفي العقد، وهذا المقصد لا يتحقق إلا بإلزام الطرفين بتنفيذ ما اشتمل عليه العقد من أحكام.

أما الطرف الذي لا يضرر عدم وفائه بالتزامه بالطرف الآخر، فإن العقد لا يلزم من جهته، ففسخ عقد الكفالة مثلاً إذا كان من طرف المكفول له، لا يترتب عليه إضرار بالكفيل، لذلك لم يلزم العقد من جهته.

وعليه، فإن لزوم العقد يوجد حيث يحتمل أن تتزعزع ثقة المتعاملين، بسبب حصول الضرر لعدم الوفاء بمحل التعهد، وينتفي حيث لا يخشى على الثقة من الزعزعة لعدم حصول الضرر. الأمر الذي يؤكد العلاقة الوثيقة بين صفة اللزوم في العقد، وتأمين ثقة المتعاملين بتلك العقود. وجوهر العلاقة بين العقد الموقوف، والعقد النافذ غير اللازم، والثقة في المعاملات المالية يتمثل في اعتبار التوقف، وعدم اللزوم فرصتان لتدارك الخلل الناتج عن اختلال بعض الشروط، وبديلان عن الحكم بفساد العقد، أو بطلانه. ذلك لأن القصد الأول منهما كفالة حق من أدى الإخلال بالشروط إلى الإضرار به، وهذه الكفالة المتاحة له تعد عاملاً جوهرياً، في تنمية ثقته في استيفاء حقه دون جور.

المطلب الخامس: الخيارات في العقود ودلالاتها على حماية الثقة في المعاملات المالية

الأصل في العقود اللزوم؛ فإذا ما تم الإيجاب، والقبول انعقد العقد، وأفاد مبادلة الأعضاض بين طرفي العقد، وهذا هو الأصل. لكن الشارع أعطى للمتعاقدين فسحة للتريث وإعادة النظر، بتشريع الخيارات التي تكفل حق الرجوع ونقض العقد بعد تمامه، إذا طرأ أمر معتبر شرعاً. وفي هذا المطلب سأحدث عن الخيارات الشرعية في العقود، والبيع خصوصاً، ثم أبين دلالتها على حماية الشارع للثقة في العقود من خلال تشريعه لتلك الخيارات.

الفرع الأول: الخيارات في العقود

سأبين في هذا الفرع معنى الخيار، وأذكر أهم أنواعه، ثم أعرض أهم القواعد التي تبنى عليها الخيارات.

البند الأول: معنى الخيار

يتضح معنى الخيار بإيراد معنييه اللغوي، والاصطلاحي:

أولاً/ تعريف الخيار لغة: الخيار مصدر من الفعل خير. قال ابن فارس ⁽¹⁾: " الخاء والياء والراء أصله العطف والميل ثم يحمل عليه، والخير خلاف الشر، وتقول تخيرت الشيء؛ إذا أخذت خير الأمرين".
ثانياً/ تعريف الخيار اصطلاحاً: أما في اصطلاح الفقهاء ⁽²⁾ فمعناه، أن يكون للعاقده حق إمضاء العقد، أو فسخه. وعرف الدكتور عمر مصطفى جبر إسماعيل ⁽³⁾ الخيارات بأنها: "احتياجات إضافية جاء بها التشريع الإسلامي في المنظومة العقدية، هدفها الاستيثاق من الرضا، والتأكد من وجوده".

البند الثاني: أنواع الخيارات

اختلف فقهاء المذاهب في عدد الخيارات بين موسع ومضيق، فمنهم من أحصاها سبع عشرة خياراً ⁽⁴⁾، ومنهم من عدّها عشرة خياراً ⁽⁵⁾، ومنهم من عدّها أربع ⁽⁶⁾.
 لكن الناظر في هذه التقسيمات، يلاحظ أن هذا الخلاف راجع إلى اختلاف المعايير المعتمدة في التفسير من جهة، وراجع من جهة أخرى إلى كون بعض الأنواع تابعا للبعض الآخر. وفي هذا المقام سأعتمد تقسيم الخيارات باعتبار تعلقها بإرادة العاقده؛ وهي بذلك نوعان: خيارات إرادية، وخيارات لا إرادية.
أولاً/ الخيارات اللإرادية: وهي الخيارات التي تثبت بمقتضى الشرع، فهي توجد بوجود أسبابها، ولا علاقة لها بإرادة العاقده. وأهم الخيارات التي تدخل تحت هذا النوع هي: خيار المجلس عند القائلين به، وخيار الرؤية، وخيار العيب. لكنني سأكتفي في هذا المقام بالحديث عن الخيارين الأولين.

¹ - أبو الحسين أحمد بن فارس (ابن فارس)، مجمل اللغة لابن فارس، تحقيق: زهير عبد المحسن سلطان، مؤسسة الرسالة- بيروت، ط2: 1406هـ- 1986م، ج1، ص/308.

² - د/ محمد كمال الدين إمام، نظرية الفقه في الإسلام، المؤسسة الجامعية للدراسات والنشر والتوزيع- بيروت، ط: 1418هـ- 1998م، ج1، ص/499.

³ - د/ عمر مصطفى جبر إسماعيل، مرجع سابق، ص/565.

⁴ - ابن عابدين، مرجع سابق، ج4، ص/565.

⁵ - أبو الحسن أحمد بن محمد بن أحمد (ابن المحاملي)، اللباب في الفقه الشافعي، تحقيق: عبد الكريم بن صنيّتان العمري، دار البخاري- المدينة المنورة، ط1: 1416هـ، ص/69.

⁶ - أبو العباس شهاب الدين أحمد (القرافي)، الذخيرة، تحقيق: محمد بوخبزة، دار الغرب الإسلامي- بيروت، ط1: 1994م، ج5، ص/20.

1/ خيار المجلس: مجلس العقد فكرة خصبة جاء بها الفقه الإسلامي، وظيفته تحقيق التريث والتروي، حتى يفكر القابل في الإيجاب، فيكون القبول محققاً لمصالح الطرفين من التعاقد؛ لأن أية معاملة تحتاج إلى التفكير في جدواها وأعبائها واحتمالات الكسب والخسارة، فجاءت فكرة مجلس العقد لتعطي فسحة زمنية للقابل حتى يفكر. والمراد بمجلس العقد⁽¹⁾ زمان اشتغال كل من العاقدين بموضوع التعاقد، وما يتعلق بمحل العقد مما يدور بين العاقدين.

أ/ معنى خيار المجلس: هو أن يتخير المتعاقدان، فسخ العقد أو إجازته، بعد التعاقد، وقبل أن يتفرقا⁽²⁾. ويطلق عليه الشافعية⁽³⁾ اسم خيار الشرع؛ لأنهم يرون أنه ثابت بالشرع لا بالشرط. وخيار المجلس خاص بالعقود اللازمة للجانبين، والقابلة للفسخ؛ وهي عقود المعاوضات المالية- عند القائلين به-. يبدأ بعد تمام العقد؛ أي توافق الإيجاب والقبول، وينتهي بانصراف العاقدين عن المجلس الذي تم فيه العقد.

ب/ خلاف الفقهاء في خيار المجلس: نص الفقهاء على ضرورة انعقاد مجلس لإبرام العقد. لكن اختلفوا في ثبوت الخيار للعاقدين في مدته.

أ/ أقوال الفقهاء في خيار المجلس: يمكن حصر خلاف الفقهاء في ثبوت خيار المجلس في قولين هما: **أ/ القول الأول:** وهو للحنفية⁽⁴⁾ والمالكية⁽⁵⁾، حيث اتجهت آراؤهم إلى عدم مشروعية خيار المجلس؛ لأنه لأنه ينافي مقتضى لزوم العقد لعاقديه، وهو قول فقهاء المدينة السبعة عدا ابن المسيب، والنخعي، وأبي ثور.

ب/ القول الثاني: وهو للشافعية⁽⁶⁾، والحنابلة⁽⁷⁾، وبه قال ابن عمر رضي الله عنهما، والثوري، والأوزاعي والأوزاعي وإسحاق ابن راهوية، فهؤلاء يرون أن خيار المجلس ثابت بالشرع.

ب/ أدلة القولين: استدل أصحاب كل قول على ما اتجهوا إليه، بأدلة من السنة أذكر أهمها فيما يلي:

1 - د/ محمد كمال الدين إمام، مرجع سابق، ص/474.

2 - أبو المعالي عبد الملك بن عبد الله (إمام الحرمين الجويني)، نهاية المطب في دراية المذهب، تحقيق: أ. د/ عبد العظيم محمود الديب، دار المنهاج، ط1: 1428هـ- 2007م، ج5، ص/16.

3 - الماوردي، مرجع سابق، ج5، ص/69.

4 - ابن عابدين، مرجع سابق، ج4، ص/565.

5 - الإمام سحنون، مرجع سابق، ج3، ص/222.

6 - الماوردي، مرجع سابق، ج5، ص/69.

7 - محفوظ بن أحمد بن الحسن (أبو الخطاب الكالوذاني)، الهداية على مذهب الإمام أبي عبد الله أحمد بن محمد بن حنبل الشيباني، تحقيق: عبد اللطيف هميم، ماهر ياسين الفحل، مؤسسة غراس للنشر والتوزيع، ط1: 1425هـ- 2004م، ص/235.

أ/ أدلة القول الثاني: ذكرت قول الشافعية، والحنابلة بعد قول الحنفية، والمالكية، لكن في عرض الأدلة قدمت أدلتهم. والسبب في ذلك أن أدلة الشافعية والحنابلة هي أدلة إثبات، فيستحسن تقديمها على أدلة النفي. وقد استدلت الشافعية، والحنابلة لرأيهم بما يلي:

* استدلوا بما روي عن ابن عمر رضي الله عنهما قال: قال رسول الله صلى الله عليه وسلم: «البيعان بالخيار ما لم يتفرقا، أو يقول أحدهما لصاحبه اختر»، وربما قال: «أو يكون بيع خيار»⁽¹⁾. وفي رواية مسلم: «إلا بيع الخيار»⁽²⁾.

يدل لفظ هذا الحديث صراحة على أن العاقدان مخيران، ما دام المجلس منعقداً، وهذا الخيار قد ينتهي، إذا خبر أحدهما الآخر صراحة، فينعقد العقد. والتفرق المقصود في الحديث؛ هو التفرق بالأبدان لا بالأقوال.

* واستدلوا أيضا بفعل أصحاب رسول الله صلى الله عليه وسلم، ومنهم عبد الله بن عمر رضي الله عنهما، وهو من روى الحديث السابق عن رسول الله صلى الله عليه وسلم، وهو أعلم بمعنى ما روى، فقد ثبت عنه أنه كان إذا أراد أن يجب البيع مشى ليجب له⁽³⁾.

ب/ أدلة القول الأول: خالف الحنفية والمالكية، الشافعية والحنابلة، في القول بثبوت خيار المجلس، رغم أن مالكا كان أحد الذين رووا حديث: «البيعان بالخيار». واستدلوا على ما اتجهوا إليه بالأدلة التالية⁽⁴⁾:

* استدلوا بقول الله تعالى: ﴿يَتَأَيُّهَا الَّذِينَ ءَامَنُوا لَا تَأْكُلُوا أَمْوَالِكُمْ بَيْنَكُمْ بِالْبَاطِلِ إِلَّا أَنْ تَكُونَ تِجَارَةً عَنْ تَرَاضٍ مِّنكُمْ﴾ سورة النساء: الآية (29). والشاهد من هذه الآية أن الله تعالى أباح الأكل بوجود التراضي في التجارة، فدل على نفي الخيار، وصحة وقوع البيع بنفس العقد، دون نظر في مجلسه.

* واستدلوا بقول الله تعالى أيضا: ﴿يَتَأَيُّهَا الَّذِينَ ءَامَنُوا أَوْفُوا بِالْعُقُودِ﴾ سورة المائدة: الآية(01). وهذا عقد فلزم الوفاء به بظاهر الآية، وفي إثبات الخيار في المجلس نفي لزوم الوفاء به.

1 - رواه البخاري في كتاب البيوع، باب إذا لم يوقت في الخيار هل يجوز البيع، ج3، ص/64 (2109).

2 - رواه مسلم في كتاب البيوع، باب ثبوت خيار المجلس للمتبايعين، ج3، ص/1163 (1531).

3 - رواه الترمذي في سننه، أبواب البيوع، باب ما جاء في البيعان بالخيار ما لم يتفرقا، ج2، ص/539 (1245).

4 - جمال الدين بن علي الأنصاري، مرجع سابق، ج2، ص/469.

* واستدلوا بقول الله تعالى أيضا: ﴿ وَأَشْهَدُوا إِذَا تَبَايَعْتُمْ ﴾ سورة البقرة: الآية (282). فقد ندب الله

تعالى إلى الإشهاد على العقد توثقة له، ووجوب الخيار لكل واحد ينفي معنى التوثقة بالإشهاد، إذ لا يلزم لأحدهما على صاحبه حق. فلما كان في إثبات الخيار إبطال لمعنى الآية، كان القول بإيجاب الخيار ساقطا، وحكم الآية ثابتا.

ج/ مناقشة أدلة القولين: وجه أصحاب كل قول بعض الاعتراضات على استدلال مخالفيهم، أجزها فيما يلي:

أ/ مناقشة أدلة القول الثاني: أبدى أصحاب القول الأول اعتراضات على استدلال الشافعية، والحنابلة بحديث: «البيعان بالخيار»- الذي يعتبر نص في هذا الباب- أجزها فيما يلي:

* روى أشهب في المدونة عن الإمام مالك⁽¹⁾ أنه قال: "ليس العمل على الحديث الذي جاء فيه: «البيعان بالخيار ما لم يتفرقا»"، والإمام مالك أحد الرواة الذين رووا هذا الحديث، وعمل الراوي بخلاف الحديث الذي رواه، دليل على ضعف الاستدلال به.

* وروي عن الإمام مالك أنه علل عدم عمله بمقتضى هذا الحديث؛ بكونه منسوخ بأمرين: أولهما؛ أنه منسوخ بقول النبي صلى الله عليه وسلم: «المسلمون عند شروطهم»⁽²⁾. الذي يستفاد منه أن الخيار بين المتبايعين، لا يثبت إلا بالاشتراط.

وثانيهما: أنه منسوخ أيضا بقول النبي صلى الله عليه وسلم: «إذا اختلف المتبايعان ليس بينهما شاهد استحلف البائع، ثم كان المبتاع بالخيار؛ إن شاء أخذ، وإن شاء ترك»⁽³⁾.

ذكر الإمام سحنون⁽⁴⁾ عند تعرضه لمعنى هذا الحديث، أنه لو كان لهما الخيار، لما حلف البائع اليمين ما دام في المجلس. غير أن الاستدلال بهذا الحديث فيه نظر، لكون الحديث قد ورد بالإطلاق، وليس فيه ما يفيد تقييد اختلاف المتبايعين، وقع قبل انقضاء المجلس، أم بعده.

* أن التفرق المقصود في الحديث؛ هو التفرق بالأقوال لا بالأبدان.

بعد عرض أدلة الفريقين ومناقشتها، يتضح لي أن رأي الحنفية والمالكية أولى بالاعتبار، لسببين:

1 - بدر الدين العيني، مرجع سابق، ج8، ص/ 13.

2 - سبق تخريجه في الصفحة 19.

3 - رواه البيهقي في السنن الكبرى، في كتاب البيوع، جماع أبواب الربا، باب اختلاف المتبايعين، ج5، ص/ 543.

(10809)، قال فيه الألباني: صحيح لغيره. إرواء الغليل، ج5، ص/ 172.

4 - الإمام سحنون، مرجع سابق، ص/ 223.

أولهما: كون الخيار استثناء وليس أصلاً؛ لأن الأصل في العقود اللزوم بمجرد توافق الإيجاب والقبول، وهو مستفاد من تعريف العقد، وإثبات الاستثناء يستوجب أن يكون الدليل الذي يبني عليه قويا. وقد تبين ضعف الاستدلال بحديث الباب.

وثانيهما: أن إثبات خيار المجلس قد ينتج عنه تحايل المتعاقدين بعضهم على بعض، بتعمدهم إطالة مدة مجلس العقد، بقصد الحفاظ على حق الخيار، وهذا ينتج عنه إهدار للوقت، وفي الآن نفسه قد يكون سببا في تقويت فرص كانت متاحة لهم لإبرام معاملات أخرى.

2/ خيار الرؤية: يحتاج المتعاملون في أحيان كثيرة، إلى إبرام العقود على أعيان غائبة، وهذه الحاجة تستدعي أحكاما شرعية تضبط هذا النوع من العقود، وهذا ما سأتناوله فيما يلي:

أ/ معنى خيار الرؤية: عرف الفقهاء⁽¹⁾ خيار الرؤية بتعريفات متقاربة المعنى مفادها، أن خيار الرؤية من قبيل إضافة الشيء إلى شرطه أو إلى سببه. ومعناه أن من اشترى شيئا لم يره، فله الخيار إذا رآه في إمضاء العقد أو فسخه.

ب/ خلاف الفقهاء في خيار الرؤية : اتفق الفقهاء على ضرورة إحضار المعقود عليه إلى مجلس العقد ليتسنى للمشتري معاينته، لكن اختلفوا في ثبوت خيار الرؤية في بيع الغائب، بلا وصف أو رؤية سابقة . **أ/ آراء الفقهاء في خيار الرؤية:** يمكن حصر آراء الفقهاء في ثبوت خيار الرؤية في بيع الأعيان الغائبة في رأيين هما:

أ/ الرأي الأول: وهو رأي الحنفية⁽²⁾، والشافعي⁽³⁾ في القديم، وأحمد⁽⁴⁾ في إحدى الروايتين عنه، وهؤلاء يقولون بثبوت خيار الرؤية في بيع العين الغائبة، التي لم يسبق للمشتري أن رآها، ولم تستقص له أوصافها.

ب/ الرأي الثاني: وهو رأي المالكية⁽⁵⁾، والشافعي⁽⁶⁾ في الجديد، وأحمد⁽¹⁾ في إحدى روايته، وهؤلاء ينكرون بثبوت خيار الرؤية؛ لأنهم يقولون بعدم صحة العقد على الأعيان الغائبة عن مجلس العقد.

1 - ابن نجيم المصري، البحر الرائق، ج6، ص/28.

2 - أبو الحسن علي بن الحسين (السعدي)، المنتقى في الفتاوى، تحقيق: د/ صلاح الدين الناهي، دار الفرقان، مؤسسة الرسالة- عمان، بيروت، ط2: 1404هـ- 1984م، ج1، ص/444.

3 - الأمام الشافعي، الأم، ج3، ص/39.

4 - أبو الفرج عبد الرحمان بن محمد (ابن قدامة المقدسي)، الشرح الكبير على متن المقنع، دار الكتاب العربي للنشر والتوزيع، أشرف على طباعته: محمد رشيد رضا صاحب المنار، (بدون طبعة)، ج4، ص/ 25.

5 - أبو عبد الله محمد بن يوسف العبدري (المواق المالكي)، التاج والإكليل لمختصر خليل، دار الكتب العلمية، ط1: 1416هـ- 1994م، ج6، ص/118.

6 - الماوردي، مرجع سابق، ج7، ص/400.

ب/ أدلة الرأيين: استدل كل فريق على وجهة رأيه بأدلة نذكر منها ما يلي:

أ/ أدلة أصحاب الرأي الأول: استدل أصحاب الرأي الأول بأدلة من الكتاب والسنة:

* احتجوا بعموم قول الله تعالى: ﴿ وَأَحَلَّ اللَّهُ الْبَيْعَ وَحَرَّمَ الرِّبَا ﴾ سورة البقرة: الآية (275)، وهذه

الآية نص مطلق في إباحة جميع المعاملات، التي لا يشوبها خلل يؤدي إلى الربا، وبيع العين الغائبة ليس به بأساً، ما دمنا قد أثبتنا الخيار للمشتري عند رؤية العين⁽²⁾.

* واحتجوا أيضاً بما رواه أبو بكر بن عبد الله بن أبي مريم مرفوعاً: «من اشترى شيئاً لم يره فهو بالخيار إذا رآه، إن شاء أخذه، وإن شاء ترك»⁽³⁾.

* واحتجوا أيضاً بما روي عن علقمة بن وقاص الليثي أنه قال: "اشترى طلحة بن عبيد الله من عثمان ابن عفان مالا، فقيل لعثمان: إنك قد غبنت، وكان المال بالكوفة، وهو مال آل طلحة الآن بها، فقال عثمان: لي الخيار لأنني بعت ما لم أر. فقال طلحة: لي الخيار لأنني اشتريت ما لم أر، فحكما بينهما جبير بن مطعم، ففضى أن الخيار لطلحة ولا خيار لعثمان". وهذه الواقعة حدثت بمحضر من الصحابة، ولم يبد أي واحد منهم اعتراضاً، أو نكيراً على حكم جبير رضي الله عنه، فدل ذلك على أنه إجماع منهم⁽⁴⁾.

ب/ أدلة أصحاب الرأي الثاني: استدل المنكرون لخيار الرؤية بما رواه أبو هريرة عن النبي صلى الله عليه وسلم أنه قال: «نهى رسول الله صلى الله عليه وسلم عن بيع الحصاة، وعن بيع الغرر»⁽⁵⁾.

ج/ مناقشة أدلة الرأيين: أبدى كل فريق بعض الاعتراضات على ما استدل به الفريق المقابل، أذكر أهمها فيما يلي:

أ/ مناقشة أدلة الرأي الأول: ناقش المنكرون لخيار الرؤية أدلة المثبتين من عدة وجوه نذكر منها:

1 - عبد الرحمان ابن قدامة المقدسي، مرجع سابق، ج4، ص/25.

2 - نفس المرجع، نفس الصفحة.

3 - رواه أحمد بن الحسين بن علي (أبو بكر البيهقي)، السنن الصغير للبيهقي، تحقيق: عبد المعطي أمين قلعه جي، جامعة الدراسات الإسلامية - كراتشي - باكستان، ط1: 1410هـ - 1989م، في كتاب البيوع، باب بيع خيار الرؤية، ج2، ص/240 (1860). ورواه أبو الحسن علي بن عمر (الدارقطني)، سنن الدارقطني، حققه وضبط نصه وعلق عليه: شعيب الأرنؤوط، حسن عبد المنعم شبلي، عبد اللطيف حرز الله، أحمد برهوم، مؤسسة الرسالة - بيروت، ط1: 1424هـ - 2004م، في كتاب البيوع، ج3، ص/382 (2803).

4 - المرغيناني، مرجع سابق، ج3، ص/34.

5 - رواه مسلم في كتاب البيوع، باب بطلان بيع الحصاة والبيع الذي فيه غرر، ج03، ص/1153 (1513).

* أما استدلالكم بالآية ففيه نظر، لأن الآية عامة في كل بيع استوفى أركانه وشروطه، وبيع الغائب غير المعروف يتطرق إليه الخلل.

* أما حديث: «من اشترى شيئاً لم يره» فمنقطع، وفي سنده ابن أبي مريم وهو ضعيف، وإن افترضنا صحته، فإنه يحتمل أن يكون الخيار المنصوص عليه يقصد به تخيير العاقد بين إبرام العقد على العين الغائبة أو تركه، بمعنى أنه عندما تتم الرؤية ينعقد العقد أو يعدل عنه⁽¹⁾.

* أما استدلالكم بفعل عثمان بن عفان، وطلحة رضي الله عنهما، فليس على إطلاقه، لاحتمال كونهما قد تبايعا على الصفة ولم يصرحا بذلك. ومع ذلك فهو قول صحابي واختلف في كونه حجة، فلا يصح أن يقابل بحديث النبي صلى الله عليه وسلم الوارد بالنهي عن الغرر⁽²⁾.

ب/ مناقشة أدلة الرأي الثاني: ناقش أصحاب الرأي الأول⁽³⁾ استدلال المنكرين لخيار الرؤية بحديث النهي عن الغرر، بكون جهالة الوصف في بيع الغائب لا تفضي إلى المنازعة، لأن المشتري صدق البائع في خبره حيث اشترى ما لم يره، والظاهر أنه لا يكذبه، ودعوى الغرر ممنوعة، لأن الغرر هو الخطر الذي استوى فيه طرفا الوجود والعدم وهو بمنزلة الشك. لكن هاهنا يترجح جانب الوجود على جانب العدم، بالخبر الراجح صدقه على كذبه، وإذا سلمنا بوجود مخاطرة، فإن ذلك مستدرك بإثبات الخيار عند الرؤية، فلا يبقى مجال للقول بالغرر.

وقد ذكر ابن رشد⁽⁴⁾ سبب اختلاف الفقهاء في بيع الغائب الذي لم يعرف، فقال: "هل نقصان العلم المتعلق بالصفة، عن العلم المتعلق بالحس، هو جهل مؤثر في بيع الشيء، فيكون من الغرر الكثير، أم ليس بمؤثر، وأنه من الغرر اليسير المعفو عنه؟. فالشافعي رآه من الغرر الكثير، ومالك رآه من الغرر اليسير، وأما أبو حنيفة، فرأى أنه إذا كان له خيار الرؤية، أنه لا غرر هناك وإن لم تكن له رؤية".

د/ تفصيل رأي المالكية في خيار الرؤية: إذا كان المالكية قد أنكروا خيار الرؤية في الحالة السابقة الذكر، إلا أنهم أثبتوه في بيع العين الغائبة المعرفة بما ينفي عنها صفة الجهالة، واشتراطوا لثبوتها مجموعة من الشروط أوجزها فيما يلي:

1 - عبد الرحمان ابن قدامة المقدسي، مرجع سابق، ج4، ص/25.

2 - نفس الرجوع، نفس الصفحة.

3 - الكاساني، مرجع سابق، ج5، ص/163.

4 - أبو الوليد محمد ابن أحمد (ابن راشد الحفيد)، بداية المجتهد ونهاية المقتصد، دار الحديث - القاهرة، ط: 1425هـ -

2004م، ج3، ص/174.

أ/ أن يكون المعقود عليه غائبا عن موضع العقد، وهذه الغيبة إما أن تكون قريبة كأن تكون السلعة في نفس البلد، ويمكن إحضارها إلى مجلس العقد، ففي هذه الحالة تعتبر العين كالحاضرة، ولا يثبت فيها خيار الرؤية.

أما إذا كانت السلعة غائبة بعيدة كأن تكون في بلد آخر، أو يتعذر إحضارها إلى مجلس العقد، ففي هذه الحالة يصح بيعها على الصفة، ويثبت خيار الرؤية من غير اشتراط.

ب/ إذا كان المعقود عليه متاعا كثيرا مشدودا في أعداله (1) وأحماله، يجوز بيعه على الصفة؛ لأن فتحه ونشره مما يضر صاحبه ويشق عليه.

ج/ يجوز بيع الثوب الرفيع في جرابه، الذي يفسده ويغيره إخراجته ونشره أو كثرة لمسها (2).

د/ أن يكون المشتري قد سبق له أن رأى العين المعقود عليها، من وقت لا تغير في مثله إلى وقت العقد (3).

هـ/ إذا لم يسبق للمشتري رؤية العين المعقود عليها، اشترط المالكية أن يعرف المبيع الغائب بما ينفي عنه صفة الجهالة المؤدية إلى الغرر، وهذا التعريف يتحقق بأحد أمرين:

* الأول: أن يكون البيع بالنموذج (4)، وهذا خاص بالمتليات التي يدل الواحد منها على بقية المبيع.

* الثاني: أن يكون البيع على البرنامج (5)، وهذا في القيميات التي تحتاج إلى استقصاء أوصافها.

بعد عرض آراء الفقهاء في خيار الرؤية يتبين لي أن أجود المذاهب في خيار الرؤية، هو المذهب المالكي دون مبالغة؛ لأن الشروط التي قررها لثبوته تحقق المقصد الأول للعقود، وهو اللزوم وحضور العين المعقود عليها، من جهة إنكاره لبيع الغائب، وتحقيق مقصد التيسير ورفع الحرج مع اعتماد مبدأ سد

1 - الأعدال: جمع عدل يقصد به نصف الحمل، يكون على أحد جانبي البعير. ابن منظور، مرجع سابق، ج1، ص/432.

2 - ابن رشد الحفيد، مرجع سابق، ج3، ص/174.

3 - أبو الوليد محمد بن أحمد (ابن رشد الجد)، المقدمات الممهدة، دار الغرب الإسلامي، ط1: 1408هـ - 1988م، ج2، ص/79.

4 - النموذج: كلمة معربة يقصد بها الجزء من المبيع؛ الذي يدل على بقية المبيع في الجنس، والنوع، والصفات. محمد سكمال المجاجي، أحكام عقد البيع في الفقه الإسلامي المالكي، دار ابن حزم - بيروت، ط1: 1422هـ - 2001م، ص/133.

5 - البرنامج: كلمة فارسية معربة، تعني دفترًا يحتوي بيانات مفصلة لمحتوى ما في عدل البعير، من السلع، والمواد، وكذلك سائر الصناديق المنقولة المخصصة للبضائع التجارية. محمد سكمال المجاجي، أحكام عقد البيع في الفقه المالكي، ص/134.

الذرائع من جهة اشتراطه للضوابط السابقة الذكر. وقد ذكر ابن رشد⁽¹⁾، أن الصفة عند مالك تنوب عن المعاينة، لمكان غيبة المبيع، أو لمكان مشقة إحضاره إلى مجلس العقد.

كما يتعين علي أن أذكر في هذا المقام ما نص عليه المالكية⁽²⁾، من أنه إذا جاء المعقود عليه على الصفة المنصوص عليها، فإن العقد يلزم الطرفين، وينتقي الخيار. وهذا الحكم يؤصل لحماية الثقة في العقود؛ لأن القول بلزوم العقد ينتج عنه انضباط العقود، واستقرارها، حتى يترتب عليها آثارها. ثانياً/ الخيارات الإدارية: هذا النوع من الخيارات مرتبط بإدارة العاقد، إن شاء طلبها لنفسه أو لغيره وإن شاء امتنع، فهي لا توجد ولا تترتب عليها آثارها، إلا إذا تم الاتفاق عليها بين العاقدين⁽³⁾، وفي هذا الموضوع سأتناول بالدراسة أهم نوع في هذه الخيارات؛ هو خيار الشرط.

1/ معنى خيار الشرط: عرف المالكية⁽⁴⁾ خيار الشرط بأنه بيع وقف بته - أي لزومه - على إمضاء ممن له الخيار من مشتر، أو بائع، أو غيرهما يتوقع في المستقبل، وإنما يكون ويوجد بشرط من المتبايعين. ويطلق عليه المالكية "اسم خيار التروي"؛ لأن المقصود من اشتراط الخيار التروي والاختبار.

2/ خلاف الفقهاء في خيار الشرط: اشتراط الخيار في العقود اللازمة محل خلاف بين الفقهاء. وفي هذا الموضوع سأطرق لعرض آرائهم في ثبوته، وذكر أدلتهم، ثم مناقشتها. أ/ آراء الفقهاء في خيار الشرط: يمكن حصر خلاف الفقهاء في خيار الشرط في رأيين هما: أ/ الرأي الأول: ذهب الجمهور⁽⁵⁾ إلى أنه رخصة من الشارع، لاستثنائه من بيوع الغرر، ولولا ذلك لكان القياس يقتضي بطلانه.

ب/ الرأي الثاني: وذهب الثوري، وابن شبرمة، وطائفة من أهل الظاهر إلى عدم جوازه.

ب/ أدلة الرأيين: واستدل كل فريق لرأيه بأدلة نذكر بعضها فيما يلي:

أ/ أدلة الرأي الأول: استدلو لهذا الجواز بأدلة من الكتاب، والسنة أذكر بعضها فيما يلي:

1 - ابن رشد الحفيد، مرجع سابق، ج3، ص/174.

2 - أبو عبد الله شمس الدين بن محمد (الحطاب الرعيني)، مواهب الجليل في شرح مختصر خليل، دار الفكر، ط3: 1412هـ - 1992م، ج4، ص/296.

3 - د/ محمد كمال الدين إمام، مرجع سابق، ص/500.

4 - أبو العباس أحمد بن محمد الخلوئي (الصاوي)، بلغة السالك لأقرب المسالك، دار المعارف، (بدون طبعة)، ج3، ص/134.

5 - الماوردي، مرجع سابق، ج5، ص/66.

أ/ استدلوا بقول الله تعالى: ﴿يَأْتِيهَا الَّذِينَ ءَامَنُوا أَوْفُوا بِالْعُقُودِ﴾ سورة المائدة: الآية (1)،

وبقوله تعالى أيضا: ﴿وَأَوْفُوا بِالْعَهْدِ إِنَّ الْعَهْدَ كَانَ مَسْئُولًا﴾ سورة الإسراء: الآية (34).

والشاهد من هاتين الآيتين، أن الله تعالى أمر المؤمنين بالوفاء بجميع الالتزامات، التي يتعهدون بها، والاشتراط أحد أسباب الالتزام، وخص مجال المعاملات بالذكر لأن الالتزام فيها، تتعلق به مصالح الآخرين وحقوقهم، فوجب الوفاء بها.

ب/ كما استدلوا بما روي عن عبد الله بن عمرو بن العاص رضي الله عنهما، أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قال: «المتبايعان بالخيار ما لم يتفرقا، إلا أن تكون صفقة خيار، ولا يحل له أن يفارق صاحبه خشية أن يستقبله»⁽¹⁾.

والشاهد من هذا الحديث، أن النبي صلى الله عليه وسلم صرح بأن البيع يلزم المتعاقدين بمجرد تفرقهما - وقد سبق الحديث عن المقصود بالتفرق عند الفقهاء - واستثنى من هذا اللزوم، أن يكون الخيار مشروطا من العاقدين بقوله: «إلا أن تكون صفقة خيار».

ج/ واستدلوا أيضا بحديث عبد الله بن عمر رضي الله عنهما: أن رجلا ذكر للنبي صل الله عليه وسلم، أنه يخدع في البيوع، فقال: «إذا بايعت، فقل لا خلافة»⁽²⁾ أي لا خديعة.

وروي عن ابن عمر أيضا، أنه قال: كان حبان بن منقذ رجلا ضعيفا، وكان قد سفع في رأسه مأمومة، فجعل له رسول الله صلى الله عليه وسلم الخيار فيما اشترى ثلاثا، وكان قد ثقل لسانه، فقال له رسول الله صلى الله عليه وسلم: «بيع، وقل لا خلافة»، فكننت أسمعته يقول: لا خذابة، وكان يشتري الشيء ويجيء به أهله، فيقولون: هذا غال، فيقول: إن رسول الله صلى الله عليه وسلم، قد خيرني في بيعي⁽³⁾.

¹ - رواه أبو داود سليمان بن الأشعث (أبو داود)، سنن أبو داود، تحقيق: محمد محي الدين عبد الحميد، المكتبة العصرية - صيدا، بيروت، (بدون طبعة)، في كتاب البيوع، أبواب الإجارة، باب في خيار المتبايعين، ج3، ص/273 (3456). ورواه الترمذي سننه، أبواب البيوع، باب ما جاء في البيوع بالخيار ما لم يتفرقا، ج2، ص/541(1247)، وقال حديث حسن. ورواه النسائي في السنن الكبرى، كتاب البيوع، باب وجوب الخيار للمتبايعين قبل افتراقهما بأبدانهما، ج7، ص/251 (4483).

² - رواه البخاري في كتاب البيوع، باب ما يكره من الخداع في البيع، ج3، ص/65 (2117).

³ - رواه الحاكم في المستدرک، كتاب البيوع، من حديث إسماعيل بن جعفر بن أبي كثير، ج2، ص/26(2201).

وهذا الحديث ينص على الترخيص في اشتراط الخيار، لمن طلبه صيانة لحق المتعاقدين، إذا ما بدا لهما أو لأحدهما أنه قد غبن في بيعه، وأن هذا الترخيص ليس خاصا بحبان بن منقذ، بل هو من باب الخاص الذي أريد به العموم⁽¹⁾.

ب/ أدلة الرأي الثاني: عمدة المانعين في الاستدلال لرأيهم، هو أن الأصل في البيع للزوم، إلا أن يقوم دليل على جواز البيع على الخيار من كتاب أو سنة أو إجماع.

كما انتقدوا دليل المثبتين لخيار الشرط؛ الذي هو حديث حبان بن منقذ بكونه غير صحيح، وعلى فرض صحته، فإنه خاص به؛ لأنه شكا إلى النبي صلى الله عليه وسلم أنه يخدع في البيوع.

ويجدر التنبيه هنا على أن هذا الاتفاق بين جمهور الفقهاء، محله أن لا تزيد المدة المشترطة للخيار على ثلاثة أيام، واختلفوا فيما إذا زادت المدة على الثلاث، ويمكن حصر خلافهم هذا في قولين: أ/ القول الأول: وهو رأي الحنفية⁽²⁾، والشافعية⁽³⁾، ووجهة رأيهم أنه لا يجوز أن تتجاوز مدة الخيار ثلاثة أيام.

واستدلوا لرأيهم بكون الخيار خلافا للأصل، فلا يثبت منه إلا ما ورد النص بشأنه. ونصهم في هذا الموضع هو حديث حبان بن منقذ؛ الذي أمره النبي صلى الله عليه وسلم باشتراط الخيار لنفسه ثلاثة أيام، وعليه فإن اشتراط الخيار المرخص به، لا يجوز أن يتجاوز ثلاثة أيام تمسكا بظاهر الحديث. ب/ القول الثاني: وهو رأي المالكية⁽⁴⁾ والحنابلة⁽⁵⁾، ووجهة هذا الرأي أنه يجوز اشتراط مدة للخيار تفي بحاجة المتعاقدين، وإن زادت على الثلاث.

استند أصحاب هذا الرأي⁽⁶⁾ إلى النظر في مقصد خيار الشرط، دون التمسك بظاهر حديث حبان بن منقذ. فقالوا أن اشتراط الخيار إنما يقصد به اختبار المعقود عليه في مثله، وذلك يختلف باختلاف طبيعة، ونوع الأعيان التي يتم التعاقد عليها. فاختبار السلعة البسيطة يكتفي فيه بثلاثة أيام، لكن العقارات والآلات الكبيرة قد تحتاج في اختبارها إلى زمن أطول، لذلك شرع من الزمن للخيار ما يسد الحاجة. وتجدر الإشارة هنا إلى أن الحنفية والشافعية وإن اتفقوا على تحديد المدة المشترطة بثلاثة أيام، إلا أنهم اختلفوا في حكم العقد، إذا تجاوزت المدة المشترطة فيه للخيار ثلاثة أيام.

1 - ابن رشد الحفيد، مرجع سابق، ج3، ص/ 227.

2 - السمرقندي، مرجع سابق، ج2، ص/ 76.

3 - ابن المحاملي، مرجع سابق، ص/ 219.

4 - عبد الوهاب بن نصر الثعلبي، مرجع سابق، ج2، ص/ 143.

5 - موفق الدين ابن قدامة المقدسي، الكافي في فقه الإمام أحمد، ج2، ص/ 27.

6 - عبد الوهاب بن نصر الثعلبي، مرجع سابق، ج2، ص/ 143.

فالحنفية⁽¹⁾ يعتبرون العقد فاسداً، ولا يقولون ببطلانه. وأما الشافعية⁽²⁾ فالعقد عندهم باطل لفساد الشرط.

وكذلك المالكية والحنابلة، فقد انفقوا على جواز تجاوز المدة المشترطة للخيار ثلاثة أيام. لكن اختلفوا فيما إذا لم تحدد مدة الخيار أصلاً.

فالمالكية⁽³⁾ يعتبرون العقد فاسداً، إذا ما اشترطت فيه مدة مجهولة، أو طويلة تفوق الحاجة. أما الحنابلة فيعتبرون العقد صحيحاً؛ لأن الشرط محل اتفاق بين المتعاقدين.

البند الثالث: قواعد عامة خاصة بالخيارات

شرعت الخيارات في العقود على خلاف الأصل الذي بنيت عليه تلك العقود، وكانت بذلك استثناءً،

فاحتاجت إلى قواعد تضبط مجال اعتبارها ومداهها، وفيما يلي سأعرض القواعد العامة، التي تضبط الخيارات في الفقه الإسلامي.

أولاً/ الخيارات لا تكون إلا في العقود اللازمة، التي لا يكون لأحد المتعاقدين حق فسخها دون رضا الطرف الآخر⁽⁴⁾، لأن دخول الخيار عليها يخلّ بلزومها. أما العقود غير الملزمة للطرفين فلا مدخل للخيارات عليها، لأن حق الفسخ، أو الإمضاء ثابت لأطرافها ابتداءً.

ثانياً/ لا يثبت الخيار في العقود التي يتطرق إليها الربا- وهي التي يجب فيها التقابض المناجزة⁽⁵⁾. نذكر

الإمام مالك أن الخيار لا يجوز في الصرف، ولا الحوالة، ولا الكفالة، ولا الرهن، وذلك لأن الخيارات لا تثبت إلا في العقود الصحيحة، التي لا يثبت ديناً في الذمة. والسبب في ذلك هو أن الخيار يقتضي وجود فسحة للتريث في العقد، بينما تفسد العقود التي تجب فيها المناجزة إذا ما حدث تراخ في تقابض العوضين.

ثالثاً/ العاقد الذي يثبت له حق الخيار يملك إجازة العقد، كما يملك فسخه⁽⁶⁾، فإن فسحه زال وبطل وجوده وجوده من غير حاجة إلى رضا العاقد الآخر.

1 - السمرقندي، مرجع سابق، ج2، ص/65.

2 - ابن المحاملي، مرجع سابق، ص/219.

3 - الإمام سحنون، مرجع سابق، ج3، ص/207.

4 - ابن عابدين، مرجع سابق، ج4، ص/565.

5 - الشيرازي، مرجع سابق، ج2، ص/07. الإمام سحنون، مرجع سابق، ج3، ص/224. ابن عابدين، مرجع سابق، ج4، ص/592.

6 - د/ محمد كمال الدين إمام، مرجع سابق، ص/499.

رابعاً/ اختلف الفقهاء في كون الخيارات قابلة للتداول بالميراث. فالحنفية⁽¹⁾ يرون أنه لا يورث من الخيارات إلا خيار العيب، أما باقي الخيارات فلا تورث، وأن العقد يلزم الطرفين بموت من له الخيار. أما المالكية⁽²⁾ والشافعية⁽³⁾ والحنابلة⁽⁴⁾، فيرون أنه إذا مات من له الخيار، فورثته يقومون مقامه في في الخيار.

وذكر الدكتور محمد كمال الدين إمام⁽⁵⁾ أن هذا الخلاف بين الفقهاء راجع إلى اختلافهم في اعتبار الحقوق كالأموال في وراثتها، فمن اعتبر الحقوق أموال قال بوراثتها الخيارات، ومن فرق بين الحقوق والأموال قال بعدم وراثتها.

الفرع الثاني: دلالة الخيارات على حماية الثقة في المعاملات المالية

قصد الشارع الحكيم إلى تأمين حقوق المتعاقدين، بإعطاء حق الخيار لمن اختل رضاه، فهو فرصة لتدارك الخلل، ليكون العاقد على بينة من أمره.

جاء تشريع الخيارات في العقود، في الشريعة الإسلامية، متمماً لمقصد حماية تلك العقود من أي خلل يمنع تحقيق المصالح المرجوة من ورائها. فقد ذكر القرافي⁽⁶⁾ كلاماً يفيد هذا المعنى حيث قال: "وسر الشريعة معنا، أن مشروعية الخيار إنما كانت لاستدراك المصلحة، فوجب أن يشرع منه ما يحصلها كيف كانت، تحصيلاً لمقصود الشرع، ولأنه شرع من أجل تحقيق مقصود العقد فلا يتجرد عنه". وعليه، فإن الخيارات على تعدد أنواعها، تتصل بالعقود اتصالاً وثيقاً في جميع المراحل التي تمر بها ابتداءً بمرحلة الإنشاء، وانتهاءً بمرحلة بالتنفيذ. وهذا الاتصال إذا ما دل على شيء، فإنما يدل على رعاية الشارع لثقة المتعاملين، في جميع ادوار العقد، وذلك بضمان حقوقهم، بمنحهم حق الخيار في فسخ العقد أو إمضائه؛ إذا ما وجد في العقد خلل ينتفي معه تحصيل مصالحهم.

ويمكن حصر دلالة الخيارات على حماية ثقة المتعاملين في معاملاتهم في ثلاثة نقاط:

أولاًها: تعطي الخيارات للمتعاقدين فرصة للتروي والاستخارة والاستشارة بقدر أكبر، وهذا يتيح لهم معاينة السلع والوقوف على كل ما يتعلق بها، وبالتعامل فيها، مما يزيد من ثقتهم في تحصيل نتائجها.

1 - أبو عبد الله محمد بن الحسين بن فرقد (الشييباني)، المبسوط، تحقيق: أبو الوفا الأفعاني، إدارة القرآن والعلوم الإسلامية - كراتشي، (بدون طبعة)، ج5، ص/124.

2 - الإمام سحنون، مرجع سابق، ج3، ص/20.

3 - الماوردي، مرجع سابق، ج5، ص/359.

4 - عبد الرحمان ابن قدامة المقدسي، مرجع سابق، ج6، ص/446.

5- د/ محمد كمال الدين إمام، مرجع سابق، ص/ 499.

6 - القرافي، الذخيرة، ج5، ص/23.

وثانيتهما: تكفل الخيارات أمر العودة عن قرار الإقبال على المعاملة، سواء كان ذلك بمقتضى العقد، أو بالاشتراط، مما يعطي المتعاملين راحة نفسية تقوي ثقتهم بها، وتكون دافعا لهم لتوسيع أعمالهم وتجاراتهم، دون توجس من تورط في عملية قد يندمون عليها مستقبلا.

وثالثتها: بوجود الخيارات يفرض الصدق والأمانة مكانتهما في ساحة التعامل، فلا يمكن لمروج السلع المعيبة أن يمرر سلعته خلسة، ولا لممتهن الغش والخداع أن يتمادى في احتياله⁽¹⁾. مما يزيد طمأنينة المتعاملين على تحصيل نتائج معاملاتهم.

المبحث الثاني: البطلان والفساد ودلالاتهما على حماية الثقة في المعاملات المالية

تعرفنا في المبحث السابق من خلال بنية العقود الشرعية على قصد الشارع إلى حماية ثقة المتعاملين فيها. في هذا المبحث سأتناول العقود الشرعية أيضا لكن من زاوية أخرى، هي الأحكام الشرعية المتعلقة بالعقود، غير أنني سأخص بالحديث في هذا المقام أحكام البطلان والفساد، أتناول في المطلب الأول اقتضاء النهي البطلان والفساد، وفي الثاني أعرض أهم الأحكام الاستثنائية للبطلان، وفي الثالث أتحدث عن الفساد في المذهب الحنفي، لأستفيد من كل مطلب قصد الشارع إلى حماية الثقة في المعاملات المالية الشرعية.

المطلب الأول: قاعدة "اقتضاء النهي الفساد" ودلالاتها على حماية الثقة في المعاملات المالية

شرح الله المبادلات المالية قصدا منه لتحصيل أرزاق الناس، وصون أموالهم عن التلف والضياع الذي قد يسببه جمودها، ولأجل تحقيق هذه الغاية قرن أحكامها بأوامر تقتضي حفظها، وفي الوقت نفسه نهى عن كل ما قد يكون سببا في الإخلال بمقصودها.

وفي هذا المطلب سأحدث عن قاعدة "اقتضاء النهي الفساد"، ثم أبين دلالة ذلك المقتضى على

حماية الثقة في المعاملات المالية.

الفرع الأول: اقتضاء النهي الفساد

¹ - د/ عمر مصطفى جبر إسماعيل، مرجع سابق، ص/76.

"النهي عن التصرفات والعقود المفيدة لأحكامها هل يقتضي فسادها؟" (1) قاعدة أصولية خلافية عظيمة بنيت عليها أحكام عدة. وفي هذا الفرع سألين معنى البطلان والفساد والنهي، ثم أتطرق لخلاف الفقهاء في مقتضى النهي.

البند الأول: معنى البطلان والفساد والنهي

قبل الدخول في تفصيل مقتضى النهي، سألين معنى الألفاظ التالية: البطلان والفساد والنهي.

أولاً/ معنى البطلان: يتبين ويتضح معنى البطلان بإيراد تعريفه اللغوي ثم الاصطلاحي:

1/ تعريف البطلان لغة: جاء في معجم مقاييس اللغة (2): الباء والطاء واللام أصل واحد صحيح يدل على ذهاب الشيء، وقلة مكثه وليثه، يقال بطل الشيء؛ أي ذهب ضياعاً وخسراناً، والإبطال هو الهدر، والباطل نقيض الحق (3).

ورد في المصباح المنير (4): بطل بمعنى فسد وسقط حكم الشيء. فالبطلان في اللغة يقصد به فساد الشيء وذهابه هدراً وخسراناً.

2/ تعريف البطلان اصطلاحاً: عرف الفقهاء البطلان بتعريفات متقاربة المعنى أذكر منها تعريف الإمام الغزالي (5) للعقد الباطل حيث قال عنه: "هو العقد الذي تخلف عنه حكمه ومقصوده". وجاء في كشف الأسرار (6) تعريفاً قريباً من هذا المعنى جاء فيه: "البطلان في المعاملات هو تخلف أحكامها عنها، وخروجها عن كونها أسباباً مفيدة للأحكام على مقابلة الصحة".

أما الإمام الشاطبي (7) فقد عرفه بقوله: "البطلان هو: عدم ترتيب آثار العمل في الدنيا"، وهذا التعريف الأخير يتألف من شقين يحمل كل منهما معناً خاصاً:

أ/ الأول: قوله "عدم ترتيب آثار العمل"، فمعناه عدم حصول الفوائد المرجوة منه شرعاً؛ كحصول الامتلاك والانتفاع المطلوب به.

1 - أبو الحسين سيد الدين علي بن أبي علي (الأمدي)، الإحكام في أصول الأحكام، تحقيق: عبد الرزاق عفيفي، المكتب الإسلامي - بيروت، دمشق، (بيون طبعة)، ج2، ص/ 187.

2 - ابن فارس، معجم مقاييس اللغة، ج1، ص/ 258.

3 - ابن منظور، مرجع سابق، ج11، ص/ 56.

4 - الفيومي، مرجع سابق، ج1، ص/ 51.

5 - أبو حامد الغزالي، المستصفى، ص/ 258.

6 - علاء الدين عبد العزيز بن أحمد بن محمد (البخاري)، كشف الأسرار شرح أصول البزدوي، دار الكتاب الإسلامي، (بدون طبعة)، ج1، ص/ 258.

7 - الشاطبي، مرجع سابق، ج1، ص/ 452.

ب/الثاني: قوله "في الدنيا" فالمعاملات متعلقة بأمور الدنيا، وهو قيد ميز به البطلان في المعاملات عن البطلان في العبادات⁽¹⁾.

ثانيا/ معنى الفساد: للتوصل إلى معنى الفساد، سأورد معنييه اللغوي ثم الاصطلاحي:

1/ تعريف الفساد لغة: الفساد مصدر من الفعل فسَدَ، يقال فسَد الشيء إذا بار⁽²⁾. والفساد نقيض الصلاح⁽³⁾. قال الجرجاني⁽⁴⁾: "الفساد هو زوال الصورة عن مادة الشيء، بعد أن كانت حاصلة". أما الراغب الأصفهاني⁽⁵⁾ فقال عنه: "هو خروج الشيء عن الاعتدال، قليلا كان الخروج عنه أو كثيرا، كثيرا،

ويستعمل ذلك في النفس والبدن، والأشياء الخارجة عن الاستقامة".

من مجموع هذه التعريفات والمعاني، يتضح أن المدلول اللغوي لكلمة الفساد، يقارب معنى البطلان في بعضها، ويأتي في مرتبة أدنى منه في البعض الآخر.

2/ تعريف الفساد اصطلاحا: يعتبر جمهور الفقهاء مصطلح الفساد مرادفا للبطلان، وإذا ما أطلق أحدهما أريد به الآخر. أما الحنفية فالفساد عندهم لا يراد بإطلاقه البطلان بصورة مطردة، فقد يطلق الفساد في بعض الأحيان ويراد به البطلان، لكن الغالب في المعاملات المالية يميزون كل واحد منهما بمدلول خاص.

فقد عرف الغزنوي⁽⁶⁾ الفساد بقوله: "الفساد هو كون الفعل مشروعاً بأصله، غير مشروع بوصفه"، ومعنى هذا التعريف يتضح ببيان معنى شطريه:

1 - إذا كان البطلان في المعاملات، ينتج عنه عدم ترتيب أثرها عليها في الدنيا، فإن البطلان في العبادات ينتج عنه عدم ترتيب آثارها عليها في الآخرة من براءة الذمة من التكليف، وسقوط القضاء، وحصول الثواب. الشاطبي، مرجع سابق، ج1، ص/452.

2 - ابن منظور، مرجع سابق، ج3، ص/336.

3 - الفراهيدي، مرجع سابق، ج7، ص/231.

4 - علي بن محمد (الجرجاني)، كتاب التعريفات، تحقيق: مجموعة من العلماء بإشراف الناشر، دار الكتب العلمية- بيروت، ط1: 1403هـ- 1983م، ص/166.

5 - أبو القاسم الحسين بن محمد (الراغب الأصفهاني)، المفردات في غريب القرآن، تحقيق: صفوان عدنان الداودي، دار القلم، الدار الشامية- دمشق، بيروت، ط1: 1412هـ، ج1، ص/636.

6 - أبو حفص سراج الدين عمر بن إسحاق (الغزنوي)، الغرة المنيفة في تحقيق بعض مسائل الإمام أبي حنيفة، مؤسسة الكتب الثقافية، ط1: 1406هـ- 1986م، ص/85.

فالشطر الأول: هو "كون الفعل مشروعاً بأصله" هو القيد الذي يميز الفاسد عن الباطل؛ لأن الباطل هو ما كان غير مشروع بأصله. أما الشطر الثاني: "أن يكون غير مشروع بوصفه"، فهو قيد يميز الفاسد عن الصحيح لأن الصحيح هو ما كان مشروعاً بوصفه.

وهذا التعريف هو المشهور عند الفقهاء المتقدمين. أما المتأخرون فقد لاحظوا على هذا التعريف بأنه لا يعطي صورة واضحة عن حقيقة معنى الفساد، وإنما يكشف عن سببه فقط.

أما التعريف المختار للفساد المقصود في الفقه الحنفي⁽¹⁾؛ فهو: "اختلال في العقد مخالف لنظامه الشرعي، في ناحية فرعية متممة يجعله مستحقاً للفسخ". فهذا التعريف يصور حقيقة الفساد من خلال ثلاثة أمور هي:

أ/ الأول: بيان حقيقة الفساد؛ التي هي حدوث خلل معتبر في العقد.

ب/ الثاني: الإشارة إلى موجبه، وهو مخالفته لنظام التعاقد في ناحية فرعية.

ج/ الثالث: بيان أثره، إذ جعله مستحقاً للفسخ.

ثالثاً/ معنى النهي: لبيان معنى النهي سأورد تعريفه اللغوي، والاصطلاحي:

1/ تعريف النهي لغة: النهي مصدر من الفعل نهي بمعنى كف، والنهي خلاف الأمر⁽²⁾، والنهي هي

العقول وواحدتها نهيّة، وسميت بهذا الاسم لأنها تنهى صاحبها عن كل أمر قبيح⁽³⁾.

وعليه، يكون معنى النهي في اللغة: المنع، والكف.

2/ تعريف النهي اصطلاحاً: عرف الشوكاني⁽⁴⁾ النهي فقال: " النهي هو القول الإنشائي الدال على طلب

طلب كف عن فعل على جهة الاستعلاء"، وهذا التعريف يتألف من شقين يفيد كل منهما معنى خاصاً.

أ/ الشق الأول: طلب الكف عن الفعل؛ وهو قيد أخرج به الأمر الذي هو طلب الفعل.

ب/ الشق الثاني: على جهة الاستعلاء؛ وهو قيد أخرج به الدعاء والالتماس فلا استعلاء فيهما.

البند الثاني: خلاف الفقهاء في مقتضى النهي

لا خلاف بين الفقهاء في أن النهي داخل تحت مباحث الأمر، وكونه متفرعاً عنه، ذلك أن الأمر

يفيد طلب الفعل، والنهي يفيد طلب الكف عنه، لكن اختلفوا حول ما يقتضيه من أحكام شرعية.

1 - د/ مصطفى أحمد الزرقا، مرجع سابق، ج2، ص/ 687.

2 - ابن منظور، مرجع سابق، ج15، ص/ 343.

3 - ابن الأثير، مرجع سابق، ج5، ص/ 139.

4 - الشوكاني، إرشاد الفحول، ج1، ص/ 278.

أولاً/ حصر آراء الفقهاء في مقتضى النهي: يمكن حصر الخلاف الواقع بين الفقهاء حول مقتضى النهي، في أربعة آراء هي:

- 1/ ذهب جمهور الشافعية⁽¹⁾، والحنابلة⁽²⁾ إلى أن النهي الوارد عن الأسباب المفيدة للأحكام يقتضي فسادها، وعليه فإن النهي الوارد عن المعاملات يقتضي فسادها، سواء كان النهي عن ذات المعاملة، أو عن وصفها، أو عن أمر خارج عنها، والفساد عندهم بمعنى البطلان.
 - 2/ ذهب جمهور الحنفية⁽³⁾، والمالكية⁽⁴⁾، وبعض الشافعية⁽⁵⁾، والمعتزلة⁽⁶⁾ إلى أن النهي المجرد عن الصوارف، ليس موجباً بعد طلب الترك، سوى كون مباشرة المنهي عنه معصية وسبباً للعقاب، ولا يقتضي فسادها، وأن النهي عن التصرف لوصفه يجعله فاسداً، وإذا كان لأمر خارج عنه كان الفعل صحيحاً.
 - 3/ ذهب أبو حنيفة⁽⁷⁾، ومحمد بن الحسن، وآخرون إلى أن النهي عن الفعل لا يقتضي فسادها، بل يقتضي صحته. وأن غاية ما في النهي إثبات إمكان إيقاع الفعل، وكونه غير مستحيل.
 - 4/ ذهب بعض الشافعية⁽⁸⁾، والمتكلمون⁽⁹⁾ إلى أن النهي لا يقتضي الصحة ولا الفساد؛ لعدم إفادته لأي منهما، وإنما يطلب الحكم من قرائن خارجة عن صيغته.
- ثانياً/ أدلة الرأيين الأولين: لا شك أن كل رأي فقهي مؤسس على دليل شرعي، وقد برّر أصحاب كل رأي وجهة نظرهم انطلاقاً من مجموعة من الأدلة الشرعية، لكن في هذا الموضوع فضلت الاختصار على أدلة الرأيين الأولين، ومناقشتها لأنهما مشهوران.

1 - نفس المرجع، ج1، ص/280.

2 - أبو محمد موفق الدين عبد الله (ابن قدامة المقدسي)، روضة الناظر وجنة المناظر في أصول الفقه على مذهب الإمام أحمد بن حنبل، مؤسسة الريان، ط2: 1423هـ-2002م، ج1، ص/605.

3 - أحمد بن علي أبو بكر الرازي (الجصاص)، الفصول في الأصول، وزارة الأوقاف الكويتية، ط2: 1414هـ-1994م، ج2، ص/192.

4 - القاضي محمد بن عبد الله أبو بكر (ابن العربي)، المحصول في أصول الفقه، تحقيق: حسين علي البديري، سعيد فودة، دار البيارق- عمان، ط1: 1420هـ-1099م، ص/71.

5 - أبو محمد جمال الدين عبد الرحيم بن الحسن (الإسنوي)، نهاية السؤل شرح منهاج الوصول، دار الكتب العلمية- بيروت، ط1: 1420هـ-1999م، ص/179.

6 - أبو الحسين محمد بن علي البصري، المعتمد في أصول الفقه، تحقيق: خليل الميس، دار الكتب العلمية- بيروت، ط1: 1403هـ، ج1، ص/175.

7 - المروزي، مرجع سابق، ج1، ص/141.

8 - أبو حامد الغزالي، المستصفى، ص/223.

9 - أبو عبد الله محمد بن عمر (فخر الدين الرازي)، المحصول، تحقيق: د/ طه جابر فياض العلواني، مؤسسة الرسالة، ط3: 1418هـ-1997م، ج2، ص/295.

1/ أدلة الرأي الأول: استدل جمهور الشافعية والحنابلة على اقتضاء النهي الفساد مطلقاً، بأدلة من الكتاب، والسنة، والإجماع، والمعقول.

أ/ من الكتاب: استدلوا بقول الله تعالى: ﴿ وَمَا آتَاكُمْ الرَّسُولُ فَخُذُوهُ وَمَا نَهَاكُمْ عَنْهُ فَانْتَهُوا ۗ

وَاتَّقُوا اللَّهَ إِنَّ اللَّهَ شَدِيدُ الْعِقَابِ ۗ ﴾ سورة الحشر: الآية (07). ووجه الدلالة من هذه الآية، أن الله

تعالى أمر بالانتهاء عما نهى عنه دون تقييد، أو تخصيص بحال دون أخرى، فدل على اقتضاء هذا النهي فساد المنهي عنه مطلقاً، كما ربط الله سبحانه وتعالى الامتثال للأوامر والانتهاء عن النواهي، بتقواه التي هي سبب للنجاة من العقاب والعذاب، وعليه يكون ارتكاب المنهي عنه سبب لاستحقاق العقاب، وهذا يقتضي بطلانه وفساده.

ب/ من السنة: استدل أصحاب هذا الرأي، على اقتضاء النهي الفساد مطلقاً، بحديثين هما :

أ/ روي عن عائشة رضي الله عنها أنها قالت: قال رسول الله صلى الله عليه وسلم: «من أحدث في أمرنا هذا ما ليس فيه فهو رد»⁽¹⁾، وهذا الحديث هو أعظم دليل اعتمده أصحاب هذا الرأي لإثبات صحة ما ذهبوا إليه، وهو صريح في دلالاته على بطلان ما كان مخالف لما أمر الشارع به.

ب/ روي عن أبي هريرة رضي الله عنه، أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قال: «ذروني ما تركتكم، فإنما هلك من كان قبلكم بكثرة سؤالهم، واختلافهم على أنبيائهم، فإذا نهيتكم عن شيء فاجتنبوه، وإذا

أمرتكم بالأمر فأتوا منه ما استطعتم»⁽²⁾.

ووجه دلالة هذا الحديث على ما ذهب إليه أصحاب هذا الرأي، هو أن النبي صلى الله عليه وسلم أمر باجتتاب جميع المنهيات دون تقييد، أو تخصيص في حين أنه أمر بامتثال المستطاع من الأوامر. فدل على أن النهي لا يدل على فساد المنهي عنه مطلقاً.

ج/ الإجماع: أجمع السلف الصالح رضي الله عنهم على اقتضاء النهي الفساد، ويستفاد إجماعهم هذا من استدلالهم على فساد بعض العقود، بالنهي الوارد عنها. ومن أمثلة ذلك: أنهم استدلوا على فساد عقود الربا، بالنهي الذي ورد في قول النبي صلى الله عليه وسلم: «لا تتبعوا الذهب بالذهب إلا مثلاً بمثل، ولا

¹ - رواه البخاري في كتاب الصلح، باب إذا اصطالحوا على صلح جور فالصلح مردود، ج3، ص/184 (2697).

² - رواه البخاري في كتاب الاعتصام بالكتاب والسنة، باب الاقتداء بسنن رسول الله صلى الله عليه وسلم، ج9، ص/94 (7288).

تشقوا⁽¹⁾ بعضها على بعض، ولا تبيعوا الورق بالورق إلا مثلاً بمثل، ولا تشقوا بعضها على بعض، ولا تبيعوا منها غائباً بناجز⁽²⁾.

ومعلوم أيضاً أن الصحابة كانوا يتركون اجتهادهم لبعض الأخبار، فكانوا لا يرون في المخابرة بأساً، حتى روي لهم أن النبي صلى الله عليه وسلم قد نهى عنها⁽³⁾.
د/ المعقول: استدلت أصحاب هذا الرأي من المعقول بأن النهي عن الشيء لا يكون إلا لتعلق المفسدة به، أو بما يلزمه⁽⁴⁾، ولأن الشارع حكيم، لا ينهى عن المصالح، وإنما ينهى عن المفساد، وبالحكم على المنهيات بالفساد، إعدام لها بأبلغ الطرق.

2 / أدلة الرأي الثاني: استدلت جمهور الحنفية والمالكية وبعض الشافعية على اقتضاء النهي للبطلان - إذا كان النهي عن الفعل لذاته أو لوصف لازم له، أما إذا كان النهي لأمر خارج عنه فلا يقتضي فساد - بأدلة من المعقول، وتفصيلها كما يلي:

أ/ النهي يقرر المشروعية عندنا⁽⁵⁾ لاقتضائه التصور، فيكون النهي عما يمكن وقوعه، ليكون العبد مبتلى بين أن يترك باختياره، وبين أن يأتيه به فيعاقب عليه، فنفس البيع مشروع وبه تنال نعمة الملك، لكن لا بد من قبح مقتضى النهي، فجعلناه في وصفه فاسداً، مع الإبقاء على صحة أصل البيع.

ب/ يصلح النهي للتأثير في إفساد المنهي عنه بالجملة، لكن يتحقق ذلك إذا ما تعلق بالفعل لعينه، وكان أمس به وأخص، فهنا يقوى على التأثير، بخلاف ما إذا نهى عن الفعل لغيره فإن تعلقه به ضعيف، والأصل يقتضي الصحة، فلا يقوى هذا السبب الضعيف على رفع هذا الأصل القوي⁽⁶⁾.

ج/ الحكم على المعاملات المالية بالبطلان بسبب النهي يضر الناس؛ لأنه يؤدي إلى تقليلها⁽¹⁾. وهذا التقليل ينتج عنه بشكل أو بآخر قطع معاشهم، فراعى الشارع مصلحتهم بتصحيحها، وعليهم إثم ارتكاب المنهي عنه، كما أن الحكم بالصحة مع الإثم، لا يتنافيان.

¹ - تشقوا من الفعل شق، يقال: شق لك فلان؛ إذا غبطته بشيء، والشف هو الزيادة، والريح، والفضل. الفراهيدي، مرجع سابق، ج6، ص/221.

² - رواه البخاري في كتاب البيوع، باب بيع الفضة بالفضة، ج3، ص/74 (2177).

³ - رواه البخاري في كتاب المساقاة، باب الرجل يكون له ممر أو شرب في حائط أو في نخل، ج3، ص/15 (2381)، ونص الحديث هو: أن جابر بن عبد الله رضي الله عنه قال: نهى النبي صلى الله عليه وسلم عن المخابرة والمحاولة، وعن المزانية، وعن بيع الثمر حتى يبدو صلاحها، وأن لا يباع إلا بالدينار والدرهم، إلا العرايا.

⁴ - موقف الدين ابن قدامة المقدسي، روضة الناظر وجنة المناظر، ج1، ص/613.

⁵ - البابرّي، مرجع سابق، ج1، ص/461.

⁶ - علاء الدين البخاري، مرجع سابق، ج1، ص/258.

ثالثاً/ مناقشة أدلة الرأيين الأولين والرد عليها : أبدى أصحاب كل رأي مجموعة من الاعتراضات على استدلال مخالفهم، أذكرها فيما يلي:

1/ مناقشة أدلة الرأي الأول: أبدى المخالفون لما ذهب إليه أصحاب الرأي الأول من اقتضاء النهي

الفساد مطلقاً، اعتراضات على الأدلة التي ساقوها لإثبات وجهة نظرهم، وهي كالاتي:

أ/ أما استدلالكم بالآية وحديث: «إذا نهيتكم عن شيء فاجتنبوه»، فالأمر الوارد فيهما باجتناب ما نهى النبي صلى الله عليه وسلم عنه، غاية ما يدل عليه؛ هو قبح المنهي عنه، دون التعرض للحكم على الفعل بالصحة، أو البطلان⁽²⁾.

ب/ وأما استدلالكم بحديث: «من أحدث في أمرنا هذا ما ليس منه فهو رد»، فمعارض بأمرين هما:

أ/ هذا الحديث خبر آحاد ولا يفيد إلا الظن، والمطلوب في هذه المسألة القطع؛ لأنها من الأصول⁽³⁾.

وُردّ على هذا الاعتراض⁽⁴⁾: أن هذا الحديث وإن كان من أخبار الآحاد، إلا أن الأمة تلقته بالقبول،

فصار كالتواتر من جهة، ومن جهة أخرى، فإن هذه المسألة وإن كانت من الأصول، إلا أنها من مسائل الاجتهاد، فهي كسائر الفروع.

ب/ أما معنى قوله صلى الله عليه وسلم: «فهو رد»، أي غير مقبول طاعة وقربة، أما عدم كونه سبباً

لإفادة الحكم، فليس مقصوداً بهذا اللفظ، وليس في الحديث ما يفيد كما في المصرة، فليس عليه أمرنا

لكنه ليس برد⁽⁵⁾. وبهذا يكون مدلول هذا الحديث خارجاً عن محل النزاع.

وأجيب على هذا الاعتراض⁽⁶⁾، بأن مصطلح "الرد" وإن احتمل معاني عدة في اللغة، غير أن

أظهرها احتمالاً للإبطال والإفساد، فوجب حمله عليهما.

1 - أبو الحسن علاء الدين علي بن سليمان (المرادوي)، التحرير شرح التحرير في أصول الفقه، تحقيق: د/ عبد الرحمن

الجبرين، د/ عوض القرني، د/ أحمد السراح، مكتبة الرشد- الرياض، ط1: 1421 هـ- 2000 م، ج5، ص/2287.

2 - نفس المرجع، ص/233.

3 - أبو المعالي ركن الدين عبد الملك بن عبد الله (إمام الحرمين الجويني)، كتاب التلخيص في أصول الفقه، تحقيق: عبد

الله جولم النبالي، بشير أحمد العمري، دار البشائر الإسلامية- بيروت، (بدون طبعة)، ج1، ص/499.

4 - أبو إسحاق إبراهيم بن علي (الشيرازي)، التبصرة في أصول الفقه، تحقيق: د/ محمد حسن هيتو، دار الفكر- دمشق،

ط1: 1403 هـ، ص/101.

5 - أبو حامد الغزالي، المستصفى، ص/222.

6 - القاضي أبو يعلى محمد بن الحسين (ابن الفراء)، العدة في أصول الفقه، تحقيق وتعليق: د/ أحمد بن علي بن سير

المباركي، (بدون دار النشر)، ط2: 1410 هـ- 1990 م، ج2، ص/435.

ج/ أما ادعائكم الإجماع، فلا نسلم أن الصحابة قد رجعوا في الحكم بفساد العقود المنهي عنها، إلى مجرد النهي الوارد من الشارع، بدليل أنهم حكموا في كثير من المنهيات بالصحة، وعند ذلك، لا بد وأن يكون أحد الحكمين - الصحة أو الفساد - لأجل قرينة رجحت أحدهما.

وَرُدَّ عليه⁽¹⁾، بأنه لو كان هناك قرينة لذكرت، ونقلت كما نقل استدلالهم بتلك النواهي، فلما لم ينقل شيء من ذلك، دل على أنهم فهموا من النهي الفساد مطلقاً.

د/ أما الأدلة التي أوردتموها من المعقول فيلاحظ عليها ما يلي:

أ/ نوافقكم على أن النهي يدلّ على تعلّق المفسدة بالفعل أو بما يلزمه، لكن النهي في اللغة لا يدلّ إلا على طلب ترك الفعل، ولا إشعار فيه على كون التصرف فاسداً في نفسه، أو على انتفاء أحكامه، وثمراته المقصودة منه⁽²⁾.

ب/ وما ذهبتم إليه معارض أيضاً، بثبوت صحة بيع ورد النهي عنها من الشارع، فدل على أن مقتضى النهي ليس على درجة واحدة .

ج/ نوافقكم في كون النهي عن الأسباب يقتضي فسادها مطلقاً، لكن هذه الدعوى تخص العبادات دون المعاملات⁽³⁾.

وَرُدَّ على هذه الاعتراضات⁽⁴⁾، بأن ما ذكرتموه معارض بعموم الأدلة التي سقناها فيما سبق، فهي صريحة في عموم حكم البطلان، وليس فيها ما يفيد التخصيص.

2/ مناقشة أدلة الرأي الثاني والرد عليها: ناقش الفقهاء الأدلة التي ساقها أصحاب الرأي الثاني من عدة وجوه :

أ/ أن النهي لا يرد من الشارع في البيع، إلا لبيان خروجه عن كونه مملوكاً، أو مشروعاً⁽⁵⁾، ودليل ذلك أن العلماء منذ قديم الدهر، لا يزالون يستدلون على فساد التصرفات بالنهي عنها، ولم ينكر عليهم أحد، فيكون ذلك إجماعاً منهم، على أنه يدل على الفساد.

وَرُدَّ على هذا الاعتراض⁽¹⁾، بأن الشارع قد نهى عن العديد من العقود، لكن ترتبت عليها آثارها.

1 - ابن الفراء، مرجع سابق، ج2، ص/437.

2 - الأمدى، مرجع سابق، ج2، ص/188.

3 - الإسنوي، نهاية السؤل شرح منهاج الوصول، ص/179 .

4 - عبد الكريم بن علي بن محمد النملة، المذهب في علم أصول الفقه المقارن، مكتبة الرشد - الرياض، ط1: 1420هـ - 1999م، ج3، ص/1449.

5 - أبو الثناء شمس الدين محمود بن عبد الرحمان (الأصفهاني)، بيان المختصر شرح مختصر ابن الحاجب، تحقيق:

محمد مظهر بقا، دار المدني - السعودية، ط1: 1406هـ - 1986م، ج2، ص/91.

ب/ وأما استدلالكم بأن النهي يقرر المشروعية، فمعارض يكون المعاملات الشرعية لا تثبت صحتها شرعا إلا إذا كانت مشروعة، ولا تكون مشروعة مع نهى الشارع عنها، إذ أدنى درجات المشروعية الإباحة، وقد انتفت عنها؛ ولأن النهي يقتضي القبح في المنهي عنه، وهو ينافي المشروعية، وعليه يكون التصرف باطلا⁽²⁾.

رد أصحاب الرأي الثاني⁽³⁾ على هذا الاعتراض بردين هما:

أ/ أما كون المنهي عنه محظورا، فلا ينافي المشروعية؛ لأنه يجوز أن يكون الشيء مشروعا، من وجه ومحظورا من وجه آخر، فصار التصرف المفعول مشتملا على حظرية، ومشروعية .

ب/ أن الأصول الشرعية لا تتناقض لأنه ما من أصل من أصول الشرع، إلا وقد وجدنا موضعا في الشرع مخالفا له، غير أن ذلك لا يعد نقضا لذلك الأصل المشروع، وإنما عدل في ذلك الموضع عن ذلك الأصل، لدليل اقتضى ذلك من نص أو إجماع أو غيرهما.

ج/ وأما زعمكم بأن المعاملات تفسد بسبب ورود النهي عنها ولا تبطل، فلا يستقيم لأمرين:

أ/ النهي إنما جعل علامة ودلالة على وجود مفسدة، والمفسدة ضرر يجب تنزيه المعاملات عنه. فيكون في إبطال تلك المعاملات إعداما للضرر، وحفاظا على أموال الناس⁽⁴⁾، عملا بقول النبي صلى الله عليه

وسلم: « لا ضرر ولا ضرار »⁽⁵⁾.

1 - المروزي، مرجع سابق، ج1، ص/151.

2 - ابن الفراء، ج2، ص/438.

3 - المروزي، مرجع سابق، ج1، ص/146، 150.

4 - أبو الربيع سليمان بن عبد القوي (نجم الدين الطوفي)، شرح مختصر الروضة، تحقيق: عبد الله بن عبد المحسن التركي، مؤسسة الرسالة، ط1: 1407هـ-1987م، ج2، ص/238.

5 - رواه أبو عبد الله محمد بن يزيد القزويني (ابن ماجه)، سنن ابن ماجه، تحقيق: محمد فؤاد عبد الباقي، دار إحياء الكتب العربية، فيصل البايي الحلبي، (بدون طبعة)، في كتاب الأحكام، باب من بنى في حقه ما يضر بجاره، ج2، ص/784(2340). ورواه الإمام مالك في الموطأ، كتاب المكاتب، مالا يجوز من عتق المكاتب، ج2، ص/2860

(2860). ورواه الإمام أحمد في مسنده، مسند بني هاشم، مسند عبد الله بن العباس بن عبد المطلب عن النبي صلى الله عليه وسلم، ج5، ص/55 (2865)، صححه الألباني في إرواء الغليل، ج3، ص/408.

ب/ أن الأصل في مال كل امرئ يكون محرماً على غيره، إلا بما أحل الله من البيوع، ما لم ينه عنه (1). فلا يكون ما نهى الشارع عنه من البيوع، مُحلاً لما كان أصله محرماً.

الفرع الثاني: دلالة مقتضى النهي على حماية الثقة في المعاملات المالية

بعد عرض أدلة الرأيين الأولين، وتدقيق النظر في الاعتراضات والردود الواردة عليها، يتبين مدى إعمال كل فريق لمقتضى هذه القاعدة؛ فالصائرون إلى اقتضاء النهي الفساد مطلقاً، بالغوا في إعمال هذه القاعدة، حيث حكموا بسريان البطلان على عقود كثيرة، لم يبلغ الخلل اللاحق بها حد إبطال العقد وسلب ثماره، وهذا الإفراط في الإبطال لا يتسنى معه استقرار العقود وثباتها.

أما الذين ألغوا مقتضى هذه القاعدة؛ فقد تجاهلوا العمل الأصولي الذي يتم بموجبه استنباط الأحكام الشرعية من أدلتها التفصيلية، وهذا الاستنباط منطلقه الأول المدلولات اللغوية للأوامر والنواهي، وهذا التفريط نتج عنه إهدار قاعدة عظيمة بنى عليها الفقهاء أحكام العديد من العقود.

وعليه يكون الرأي الراجح في نظري هو الرأي القائل بالتفصيل - رأي الحنفية والمالكية وبعض الشافعية والمعتزلة- لأنه لاحظ مع دلالة النهي، المحل الذي تعلق النهي به، ومراعاة كلا الاعتبارين في بناء الحكم أولى من إهدار أحدهما. فإن كان النهي راجعاً إلى ذات العقد اقتضى بطلانه، وإن كان راجعاً إلى وصف من أوصافه اللازمة؛ فعلى رأي الحنفية في الحكم بفساد العقد دون بطلانه، الذي يتسنى بإعماله الحكم على تصرفات العاقل بالصحة قدر الإمكان.

فالأدلة التي نصبها أصحاب هذا الرأي للاستدلال على صحة وجهة نظرهم كانت قوية، ومناقشة أدلة مخالفهم كانت دقيقة.

وبضاف إلى ذلك كون المعاملات عموماً، والمالية منها خصوصاً، تمتاز بكونها مبنية على مراعاة مصالح المتعاملين بالدرجة الأولى، بخلاف العبادات التي تتعلق بخالص حق الله تعالى، وبخلاف المعاملات غير المالية التي يشترك فيها الحقان، وعليه فإن المعاملات المالية وإن كان الشارع قد تولى تشريعها وتقريرها، إلا أنه بناها على رعاية مصالح المتعاقدين، وقصدهم لتحصيل ثمار بعض العقود التي تطرق إليها الخلل، بشرط أن لا يتعلق الخلل بماهية العقد، وبهذه الرعاية للمصلحة يتأكد لنا حرص الشارع على حماية ثقة المتعاملين في كون العقود التي أبرمها، وإن شابها خلل يتسنى لهم تصحيحها بمعالجة الخلل، ومن ثمة يتيسر لهم تحصيل ثمارها؛ فالشارع تكفل باستبقاء هذه العقود واستقرارها، عملاً بموجب قاعدة النهي يقتضي فساد المنهي عنه.

¹ - الإسنوي، نهاية السؤل، ص/180.

المطلب الثاني: الأحكام الاستثنائية للبطلان الدالة على حماية الثقة في المعاملات المالية

ذكرت فيما سبق أن العقد الباطل هو ما كان غير مشروع بأصله ووصفه، وسبب حكم البطلان هو مخالفة العقد للأحكام الشرعية المقررة في نظام العقد، في ناحية جوهرية منه⁽¹⁾؛ وهذا يعني أن العقد الباطل هو العقد الذي انتفت فيه موافقة أمر الشارع، في ناحية جوهرية منه.

صرح الفقهاء بأن العقد الباطل ليس له وجود شرعي، فهو كالمعدوم، والمعدوم لا تترتب عليه أية أحكام أو آثار شرعية. لكن في حقيقة الأمر يوجد في الفقه الإسلامي بعض الأحكام الاستثنائية للبطلان، يكون فيها للعقد الباطل وجود شرعي.

وفي هذا المطلب سأتناول ثلاثة أحكام منها: تفريق الصفقة، وضمان المبيع المقبوض ببيع باطل، وتحول العقد، وأبين دلالة كل حكم منها على حماية الثقة في المعاملات المالية.

الفرع الأول: تفريق الصفقة ودلالته على حماية الثقة في المعاملات المالية

يعد الحكم بتفريق الصفقة أو بتجزؤ العقد، حكماً استثنائياً بديلاً عن الحكم ببطلان العقد. وفي هذا الفرع سأحدث عن تفريق الصفقة، ثم أبين دلالاته على حماية الثقة في المعاملات المالية.

البند الأول: تفريق الصفقة

سأبين في هذا البند معنى تفريق الصفقة، ثم أتبعه بآراء فقهاء المذاهب في حكمه.

أولاً/ معنى تفريق الصفقة: لبيان معنى تفريق الصفقة سأورد معنى الصفقة، ومن ثمة يتضح معنى تفريق الصفقة في اصطلاح الفقهاء.

1/ تعريف الصفقة: يتبين معنى لفظ الصفقة بإيراد معنييه اللغوي، والاصطلاحي:

أ/ تعريف الصفقة لغة: الصفقة من الفعل صَفَقَ - بفتح الحروف الثلاثة- . يقال صفق الشيء بيده، إذا

ضربه بها⁽²⁾، واصفقوا على الأمر: اجتمعوا عليه⁽³⁾، وعزموا عليه⁽⁴⁾.

والصفقة هي المرة من التصفيق باليدين⁽¹⁾. ومنه يكون معنى الصفقة في لغة العرب: ضرب اليد

على اليد، للدلالة على العزم على أمر ما.

¹ - د/ محمد الزحيلي، النظريات الفقهية، الدار الشامية- بيروت، دار القلم- دمشق، ط1: 1414هـ- 1993م، ص/ 84.

² - ابن منظور، مرجع سابق، ج10، ص/ 201.

³ - الهروي، مرجع سابق، ج8، ص/ 291.

⁴ - الأزدي، مرجع سابق، ج2، ص/ 890.

ب/ **تعريف الصفقة اصطلاحاً:** ذكر ابن عابدين⁽²⁾ أن الصفقة تطلق على العقد، وسبب هذا الإطلاق هو عادة تعود عليها المتبايعان، في أن يصفق أحدهما في كف الآخر، فجعلوها كعلامة على تمام انعقاد البيع بينهما، ومن ثمة أطلقت على نفس العقد، فسمي صفقة.

2/ **تعريف تفريق الصفقة:** ذكر ابن عابدين⁽³⁾ أيضاً: "تفريق العقد، أو تفريق الصفقة هو: أن يوجب الملك في بعض المبيع، دون البعض الآخر". ويستفاد من هذا القول أنه إذا اجتمع في العقد الواحد، ما يصح بيعه وما لا يصح؛ فإنه يفرق فيه بين الصحيح وغيره، فيمضي البيع في الصحيح ويرد في غيره. ويطلق على تفريق الصفقة اسم: "تجزؤ البطلان"⁽⁴⁾. كما يطلق عليه أيضاً: "تفريق اليد"⁽⁵⁾؛ كما لو أن المشتري سحب يده، من يد البائع وقت ضرب الكف على الكف. أما في مجال القانون فيطلق عليه اسم: "انتقاص العقد"⁽⁶⁾.

ثانياً/ آراء الفقهاء في تفريق الصفقة: الكلام في تفريق الصفقة مخصوص بما إذا كان المبيع في العقد الواحد يضم أجزاء، أو سلعا متفرقة. أما المبيع المتحد غير القابل للتجزئة، فلا يتناوله الكلام في هذا الموضوع. وفيما يلي سأورد أقوال فقهاء المذاهب الأربعة في حكمه.

1/ رأي الحنفية: للحنفية في تفريق الصفقة قولان هما:

أ/ **القول الأول:** وهو لأبي حنيفة و زفر⁽⁷⁾، ووجهته أنه لا يصح تفريق الصفقة، فمن جمع بين شاة ذكية، وأخرى ميتة بطل البيع فيهما، والعلة التي بنوا عليها هذا الحكم هي: أن العقد وقع على المجموع، والمجموع لا يتجزأ، فإذا كان البيع صحيحاً في شق، وباطلاً في الشق الآخر، لم يدخل في العقد إلا الشق الصحيح؛ لعدم الانعقاد في الشق الباطل. فيكون بقاء الشق الصحيح وحده بيعاً بالحصاة من الثمن ابتداء⁽⁸⁾، وهذا لا يجوز عند الحنفية.

ب/ **القول الثاني:** هو لمحمد بن أبي الحسن، وأبي ثور، وقد اتفق رأيهما على جواز تفريق الصفقة، إذا ما

1 - ابن منظور، مرجع سابق، ج10، ص/ 201.

2 - ابن عابدين، مرجع سابق، ج4، ص/ 526.

3 - نفس المرجع، ج4، ص/ 603.

4 - د/ محمد الزحيلي، مرجع سابق، ص/ 85.

5 - أبو المعالي برهان الدين محمود بن أحمد (ابن مازة البخاري)، المحيط البرهاني في الفقه النعماني، تحقيق: عبد الكريم سامي الجندي، دار الكتب العلمية- بيروت، ط1: 1424هـ- 2004م، ج6، ص/ 562.

6 - د/ عبد الرزاق السنهوري، مرجع سابق، ج3، ص/ 99.

7 - الزيلعي، مرجع سابق، ج4، ص/ 60.

8 - د/ عبد الرزاق السنهوري، مرجع سابق، ج3، ص/ 142.

توافرت في المعقود عليه مجموعة من الشروط⁽¹⁾ وهي:

أ/ قبض المشتري للمبيع؛ لأن القبض عند الحنفية شرط لتمام البيع، لكونه مؤكدا للملك. والكلام حول تفريق العقد لا يصح إلا بعد تمام العقد، أما قبله فينسخ العقد.

ب/ أن يسمى لكل جزء من أجزاء المبيع ثمنا؛ لأن الفساد عندهما عند التفصيل يتقدر بقدر المفسد، وذلك لأن العقد حسب وجهة نظرهما، يتكرر بتكرار اللفظ. وعليه، فإن تفصيل الثمن في أجزاء المبيع، يجعله في كل جزء صفقة منفردة.

ج/ إذا جمع بين معيب وسليم في صفقة واحدة، جاز للمشتري رد المعيب بحصته من الثمن؛ إذا لم يؤد هذا التفريق إلى الإضرار بالبائع، فإن أدى إليه يمنع التفريق⁽²⁾.

د/ تراضي البائع والمشتري على رد بعض المبيع - المعيب - دون البعض الصحيح، وليس للبائع إجبار المشتري على قبول المبيع بجميع الثمن أو رده دون تفريق⁽³⁾.

هـ/ إذا جمع البائع بين ملكه وملك غيره جاز البيع فيهما، فينفذ في الملك، ويتوقف في ملك الغير، فإن أجازه صاحبه نفذ فيهما جميعا. أما إذا لم يجزه فإن الصفقة تفرق على المشتري، فينفذ البيع فيما يملكه البائع ويرد في ملك الغير⁽⁴⁾.

2/ رأي المالكية: للمالكية أيضا قولان في تفريق الصفقة هما:

أ/ القول الأول: يرى بعض المالكية، أنه إذا اشتملت الصفقة على حلال وحرام؛ كالعقد على سلعة وخمر وخنزير، فالصفقة كلها باطلة⁽⁵⁾، لأن المحل المعقود عليه هو مجموع هذه الأشياء، ووصف السلامة فيه لا يثبت إلا بسلامة جميع أجزائه.

ب/ القول الثاني: ويرى البعض الآخر منهم، أن الصفقة إذا جمع فيها ما يصح بيعه، وما لا يصح، أو اشتملت على أجزاء سليمة وأخرى معيبة؛ فإن العقد يصح في الصحيح والسليم، ويبطل فيما لا يصح والمعيب، وهذا الحكم مشروط بشرطين⁽⁶⁾ هما:

أ/ أن لا تكون السلعة المعيبة، أو غير الصالحة للتعامل بها وجه الصفقة⁽¹⁾، بأن تمثل الجزء الأكبر من

1 - ابن عابدين، مرجع سابق، ج5، ص/ 562. الزيلعي، مرجع سابق، ج4، ص/ 145.

2 - الكاساني، مرجع سابق، ج5، ص/ 288.

3 - ابن عابدين، مرجع سابق، ج5، ص/ 38.

4 - الزيلعي، مرجع سابق، ج4، ص/ 60.

5 - ابن جزري، مرجع سابق، ص/ 172.

6 - القرافي، الذخيرة، ج5، ص/ 40.

مجموع السلع التي يضمها المحل، فإن كانت تمثل النصف أو أقل جاز تفريق الصفقة، أما إذا تجاوز النصف ولو بقدر يسير لم يجز التفريق.

ب/ تراضي البائع والمشتري على التفريق، فلا يجوز للبائع أن يلزم المشتري بأخذ الجميع، بنفس الثمن أو رد الجميع. وفي الوقت ذاته لا يجوز للمشتري أن يلزم البائع بإمضاء العقد في السليم، ورد المعيب، إلا إذا تراضيا على أحد الأمرين.

أما إذا باع ملكه وملك غيره، فإن البيع يصح فيهما، فيلزمه في ملكه ويتوقف في ملك غيره، حتى ترد إجازته ممن له حق الإجازة.

3/ رأي الشافعية: للشافعية في تفريق الصفقة قولان أيضا، وهما كالتالي:

أ/ القول الأول: يرى بعض الشافعية أن الصفقة إذا اشتملت على ما يجوز بيعه وما لا يجوز، فإن العقد باطل. لكن اختلف هؤلاء في علة، وسبب هذا الحكم على رأيين:

أ/ الأول: ذهب بعضهم إلى أن العقد باطل؛ لأن المحل جمع حلالا وحراما، فغلب الحرام الحلال.

ب/ الثاني: وذهب البعض الآخر⁽²⁾ إلى أن العقد يبطل لجهالة الثمن. فإذا باع حرا وعبدا بألف سقط ما يخص الحر من الثمن، فيصير العبد مبيعا بما بقي من الثمن، وذلك مجهول في حال العقد، فيبطل في الجميع.

ب/ القول الثاني: يرى بعض الشافعية⁽³⁾ أنه إذا جمع بين حلال وحرام، وبين سليم ومعيب في صفقة واحدة، فإن البيع يصح فيما يجوز، ويبطل فيما لا يجوز.

وعللوا جواز تفريق العقد بأن إبطال العقد في الحلال والحرام، لبطلانه في أحدهما، ليس بأولى من

تصحيحه فيهما لصحته في أحدهما، فيبطل حمل أحدهما على الآخر، ويبقى كل منهما على حكمه، فيصح فيما يجوز، ويبطل فيما لا يجوز.

4/ رأي الحنابلة: للحنابلة في تفريق الصفقة قولان⁽⁴⁾، كالمذاهب الثلاثة السابقة، وهما كالتالي:

¹ - وجه الصفقة هو: هو جزء المحل المعقود عليه الذي تفوق نسبته خمسون بالمائة من مجموع السلع التي يضمها هذا المحل. عليش، مرجع سابق، ج5، ص/ 203. الخطاب، مرجع سابق، ج4، ص/ 459.

² - النووي، مرجع سابق، ج9، ص/ 379.

³ - أبو إسحاق إبراهيم بن علي بن يوسف (الشيرازي)، المهذب في فقه الإمام الشافعي، دار الكتب العلمية، (بدون طبعة)، ج2، ص/ 24.

⁴ - أبو محمد موفق الدين عبد الله بن أحمد (ابن قدامة المقدسي)، المغني، مكتبة القاهرة، (بدون طبعة)، ج4، ص/

أ/ القول الأول: إذا باع حلالاً وحراماً، أو ملكه وملك غيره في صفقة واحدة بطل البيع فيهما؛ لأن الصفقة جمعت حلالاً وحراماً، فغلب الحرام الحلال. ولأن الصفقة إذا لم تكن صحيحة في جميع المعقود عليه، بطلت في الكل.

ب/ القول الثاني: أما الذين قالوا بجواز تفريق الصفقة، فمنطلقهم هو أنه لبيع كل جزء من أجزاء المعقود عليه حكم منفرد، فإذا جمع بين تلك الأجزاء ثبت لكل واحد منهم حكمه، فيصح البيع فيما صدر من أهله وصادف محله بشرطه، ويبطل فيما لم يكن كذلك.

واشترطوا لجواز تفريقها، أن لا يكون المشتري على علم بحال السلع التي تشكل المعقود عليه، فإذا كان عالماً بحالها، ورضي بذلك سقط حقه في طلب تفريق الصفقة.

البند الثاني: دلالة تفريق الصفقة على حماية الثقة في المعاملات المالية

الحكم بتفريق الصفقة هو حكم استثنائي للعقد الباطل، والداعي إلى القول به، هو اشتغال العقد الباطل على جزء صحيح؛ لأنه لو كان باطلاً في جميع الأجزاء، لم يكن هناك وجه للقول بتجزؤ العقد. وعليه، فإن إقرار الفقهاء لجواز تفريق الصفقة الهدف الأول منه، هو إنقاذ ما يمكن إنقاذه من العقد بدل إلغائه كلية؛ لأن الاعتبار الشرعي قد تحقق في جزء من الحل، وتوافرت شروطه. فمن الأولى أن يستخلص من مجموع الصفقة التي ينازعها الجزء الباطل فيها.

وهذا الحكم يصب في مجرى التمسك بثبات العقود قدر الإمكان، فلا يحكم بالبطلان إلا على ما لم يكن فيه سبيل للتصحيح، والذي يدل على عناية الشارع بضمان آثار ما كان التعامل فيه على الوجه الصحيح، ولو كان يشكل جزءاً من صفقة باطلة، فهذا الحكم بهذا التفصيل يدل على حماية الشارع لثقة المتعاملين، بكون آثار العقود المبرمة على الوجه الصحيح مكفولة، ومصونة لصاحبها، ولو نازعها البطلان.

الفرع الثاني: ضمان المبيع المقبوض باطل ودلالته على حماية الثقة في المعاملات المالية

العقد الباطل معدوم في نظر الشارع، ومن ثمة لم يرتب عليه أي أثر شرعي، من انتقال الملك في العوضين، وانتقال الضمان، لكن بالنظر في العقد الباطل كتصرف مادي بين شخصين، إذا صاحبه قبض المبيع، ثم هلك في يد المشتري، فعلى أي منهما يكون ضمانه؟⁽¹⁾.

وفي هذا الفرع سأحدث عن خلاف الفقهاء فيه، ثم أبين دلالاته على حماية الثقة في المعاملات

المالية.

البند الأول: خلاف الفقهاء في ضمان هلاك المقبوض بعقد باطل

¹ - د/ عبد الرزاق السنهوري، مرجع سابق، ج3، ص/ 135.

اتفق الفقهاء على أن البيع الباطل لا ينتج عنه أثر سواء تم القبض أو لم يتم، فإذا لم يقبض المبيع فسخ العقد، وأبقى كل طرف على ما في يده. أما إذا تسلمه المشتري، وجب عليه رده وأخذ ما دفعه من الثمن.

لكن اختلفوا فيما إذا قبض المشتري المبيع، وهلك في يده على رأيين هما:

أولاً/ الرأي الأول: ذهب جمهور الحنفية⁽¹⁾، والمالكية⁽²⁾، والشافعية⁽³⁾، والحنابلة⁽⁴⁾ إلى أن المبيع إذا هلك في يد المشتري، انتقل ضمانه إليه دون ملكه؛ لأن المشتري قبض المبيع على سوم الشراء⁽⁵⁾، وبقصد المعاوضة، لأجل تحقيق مصالح مبتغاة من ورائه. فلزمه ضمانه بالمثل إن كان مثلياً، أو بالقيمة إن كان قيمياً.

ثانياً/ الرأي الثاني: ذهب بعض الحنفية إلى أن المبيع بعقد باطل إذا هلك في يد المشتري؛ فإن ضمانه من البائع، ويكون المبيع في هذه الحالة أمانة في يد المشتري. وعلة هذا الحكم في رأيهم هي أن البيع الباطل معدوم شرعاً؛ فهو موجود صورة لا معنى، وأن المشتري قبضه بإذن صاحبه، فالتحق العقد بالعدم وبقي القبض بإذن المالك، فكان أمانة في يد المشتري، فلا ضمان عليه.

البند الثاني: دلالة ضمان المقبوض بعقد باطل على حماية الثقة في المعاملات المالية

بعد بيان منطلق الرأيين يترجح عندي القول بضمان المشتري للمبيع الهالك المقبوض بعقد باطل؛

لأن العقد وإن لم يكن له وجود شرعي، فإن له وجوداً فعلياً، كتصرف مادي ينتج عنه أثر جدير بالاعتبار؛ وهو هلاك المبيع في يد المشتري الذي قبضه على وجه المعاوضة، بقصد تحقيق مصلحته، لا على سبيل الأمانة.

ولاجتماع هذه الظروف قرر الفقهاء حكماً شرعياً، استثنوا فيه بعض أحكام العقد الباطل، لأجل ضمان حق البائع الذي خرج ملك ثابت له من يده بعقد باطل. فالعقد الباطل الذي يصلح لإخراج ملك البائع من يده، لا يكون سبب في ضياع حق البائع الذي هلك ملكه في يد المشتري من باب أولى.

1 - الزيلعي، مرجع سابق، ج4، ص/ 44.

2 - الحطاب، مرجع سابق، ج4، ص/ 380.

3 - الماوردي، مرجع سابق، ج7، ص/ 149.

4 - عبد الرحمان ابن قدامة المقدسي، مرجع سابق، ج4، ص/ 56.

5 - المقبوض على سوم الشراء هو المأخوذ ليشترى مع تسمية الثمن بلا إبرام بيع، كأن يقول اذهب بهذا فإن رضيته اشتريته بعشرة، فإن هلك في يده ضمنه، فالمقبوض بالعقد وإن كان باطلاً، فهو أولى بالضمان. البابرتي، مرجع سابق، ج6، ص/ 404.

فيكون في القول بتضمين المشتري، ضمانا لحق البائع في استرداد عوض المبيع الهالك مثلا، أو قيمة، وهذا الحكم يدل على حماية ثقة من ضاع له حق بعقد باطل، بكون حقه مضمونا ومصوناً.

الفرع الثالث: تحول العقد ودلالته على حماية الثقة في المعاملات المالية

ذكرت فيما سبق أن العقد الباطل هو العقد الذي اختل أحد الأركان التي يقوم عليها، وهذا الاختلال يؤدي إلى إلغاء العقد كلية إلا أن بعض الفقهاء يرون أن العقد الباطل بشكله المختل إذا توافرت فيه أركان عقد آخر انصرف إليه، وبذلك يتحول العقد الباطل إلى عقد صحيح، لكن في صورة وبصيغة آخرين⁽¹⁾، أذكر من هؤلاء الفقهاء: تاج الدين السبكي⁽²⁾، وشيخ الإسلام ابن تيمية⁽³⁾، والإسنوي⁽⁴⁾، والسيوطي⁽⁵⁾، والقرافي⁽⁶⁾.

وفي هذا الفرع سأذكر الأدلة التي يستند إليها القول بتحول العقد، واتبعه ببعض تطبيقات هذا الاستثناء، ثم أبين دلالة القول بتحول العقد على حماية الثقة في المعاملات المالية.

البند الأول: أدلة القول بتحول العقد وبعض تطبيقاته

لبيان وجهة نظر القائلين بتحول العقد سأذكر في هذا البند الأدلة التي يستند إليها، ثم أتبعها ببعض تطبيقاته.

أولاً/ أدلة القول بتحول العقد: صرح القائلون بتحول العقد بأن هذا الاستثناء مبني على قاعدتين عظيمتين هما:

1/ قاعدة "إعمال الكلام أولى من إهماله"، ومدلول هذه القاعدة، هو وجوب حمل اللفظ على ما يمكن حمله عليه، حتى لا يلغى.

2/ قاعدة "العبرة في العقود للمقاصد والمعاني لا للألفاظ والمباني"، ومدلول هذه القاعدة لا يبتعد عن مدلول سابقتها.

¹ - د/ عبد الرزاق السنهوري، مرجع سابق، ج3، ص/ 269.

² - تاج الدين عبد الوهاب بن تقي الدين (السبكي)، الأشباه والنظائر، دار الكتب العلمية، ط1: 1411هـ - 1991م، ج1، ص/ 171.

³ - محمد بن صالح بن محمد (العثيمين)، الشرح الممتع على زاد المستقنع، دار ابن الجوزي، ط1: 1422هـ - 1428هـ، ج8، ص/ 102.

⁴ - أبو محمد جمال الدين عبد الرحيم بن الحسن (الإسنوي)، التمهيد في تخريج الفروع على الأصول، تحقيق: د/ محمد حسن هيتو، مؤسسة الرسالة- بيروت، ط1: 1400هـ، ص/ 237.

⁵ - جلال الدين عبد الرحمان بن أبي بكر (السيوطي)، الأشباه والنظائر، دار الكتب العلمية، ط1: 1411هـ - 1990م، ص/ 166.

⁶ - القرافي، الذخيرة، ج5، ص/ 308.

ويجدر بي أن أشير هنا إلى أن إعمال القاعدة الثانية ينتج عنه إثبات استثناء لا أصل، مما يستلزم ضبط مجال إعمالها بشروط⁽¹⁾، وهي:

أ/ أنها مخصوصة بالعقود دون غيرها من التصرفات.

ب/ أن محل إعمالها إذا تعذر العمل باللفظ، أما إذا لم يتعذر فلا شك في اعتباره.

ج/ أن اللفظ لا يصرف إلا إلى المعنى الذي يفهم منه عند الإطلاق، ولا يمكن الخروج به عن هذا النطاق. فإن العقود تفسد بشرط مفسد، فما ظنك بتغيير مقتضاها.

ثانيا/ بعض تطبيقات تحول العقد : قبل الشروع في عرض الفروع الفقهية⁽²⁾ التي تنتزل على هذا الاستثناء أشير إلى أن التطبيقات الآتية هي على سبيل المثال لا الحصر. فكل عقد باطل تحققت فيه الشروط السابقة الذكر، ينقلب عقد صحيحا بشكل آخر.

1/ إذا ناول شخص لآخر شمعة، وقال: أعرتك هذه الشمعة لتستضيء بها، فإن عقد الإعارة يكون باطلا؛ لأن من شروط المحل المعار أن لا يكون مما يستهلك بالإعارة. لكن بتوجيه الصحة يحمل اللفظ على الهبة.

2/ إذا باع المشتري المبيع للبائع قبل القبض بمثل الثمن الأول، فهو إقالة بلفظ البيع. فإن اعتبرنا لفظ العقد لم يصح لأن بيع المشتري للمبيع قبل قبضه، يقع فاسدا عند الشافعية، لكن لما تم البيع بمثل الثمن الأول، فإن العقد يتحول إلى إقالة صحيحة؛ لأنه انطوى على جميع عناصرها.

3/ إذا قال شخص لآخر: خذ هذا البعير ببعيرين، فالظاهر من هذه الصيغة أن هذا العقد قرض فاسد. أما إذا نظرنا إلى العناصر التي يتركب منها وجدنا أنه يصح بيعا.

البند الثاني: دلالة القول بتحول العقد على حماية الثقة في المعاملات المالية

العقد الباطل بوصفه تصرفا غير شرعي، لا أثر له في المعقود عليه، فهو ماض على أصل العدم. لكن قد يقترن بهذا العقد أو يصاحبه أو يحصل بعده، أمر يستدعي النظر في العقد كواقعة مادية حدثت، ولا مجال لإنكارها أو تجاهلها، ويكون لهذا الأمر أثر مادي موجود.

وفي هذه الحالة يتنازع العقد اعتباران الأول شرعي: وهو حكم العدم، والثاني مادي: وهو وجود أثر العقد في الواقع. ولأجل دفع هذا التنازع قرر الفقهاء بعض الاستثناءات من حكم البطلان بقصد الحد من دعوى البطلان، وإنقاذ ما وجد سبيل لإنقاذه من العقود ليدخل في زمرة الصحيح. وهذه الاستثناءات تدل

1 - تاج الدين ابن السبكي، مرجع سابق، ج1، ص/ 176.

2 - هذه التطبيقات وأخرى وردت في: السيوطي، الأشباه والنظائر، ص/ 166، 167، 168. الإسنوي، التمهيد في تخريج الفروع على الأصول، ص/ 237.

بشكل صريح على حماية الشارع وعنايته بالثقة في المعاملات المالية، وحفاظه على استقرارها. فأصل رعاية مصالح المكلفين مكفول بالحكم على تصرفاتهم بالصحة قدر الإمكان.

المطلب الثالث: الفساد في المذهب الحنفي ودلالته على حماية الثقة في المعاملات

المالية

ابتدع فقهاء الحنفية في أحكام المعاملات المالية، مرتبة بين مرتبتي الصحة، والبطلان، وأسموها مرتبة الفساد، وحددوا لها مجالاً يميزها عن المرتبتين السابقتين. وفي هذا المطلب سأحدث عن الفساد في المذهب الحنفي، ثم أبين دلالاته على حماية الثقة في المعاملات المالية.

الفرع الأول: الفساد في المذهب الحنفي

القسمة الثلاثية للعقود عند الحنفية لم تكن أمراً شكلياً، بل ترتبت عليها أحكام شرعية عدة مخالفة للمذاهب الأخرى. وفي هذا الفرع سأبين أصل فكرة العقد الفاسد عند الحنفية، وأتبعه بأهم الآثار المترتبة عليه، ثم أذكر آراء لغير الحنفية توافق ما ذهب إليه الحنفية في العقد الفاسد.

البند الأول: أصل فكرة العقد الفاسد

قرر فقهاء الحنفية فكرة العقد الفاسد بناء على أمرين هما: وجه تعلق النهي بالبيع، وبنية العقد.

أولاً/ وجه تعلق النهي بالبيع: سبق أن ذكرت في مقتضى النهي أن الأصل في النهي عن البيع عند الحنفية إنما هو نهى عن غير ذات البيع لعدة أسباب⁽¹⁾ هي:

1/ أن أصل البيع مشروع وثابت بأدلة شرعية قوية، كما أنه معقول المعنى؛ فهو سبب لبقاء العالم إلى حين، إذ لا قوام للبشر إلا بالأكل والشرب واللباس والسكن، وباختصاص الأفراد بالأشياء عن طريقه، واندفاع المنازعة بينهم به.

2/ لما كان البيع حسن المعنى عقلاً، لم يصح النهي عنه؛ لأن النهي عما ثبت حسنه يؤدي إلى التناقض، ولدفع هذا التناقض يحمل النهي المضاف إلى البيع على غيره ضرورة.

3/ يؤدي حمل النهي على البيع إلى نسخ مشروعيته، لكن في الحمل على غيره ترك للعمل بحقيقة الكلام، وحمله على المجاز، ولا شك أن الحمل على المجاز أولى من الحمل على التناسخ؛ لأن الحمل على المجاز من باب نسخ الكلام، أما نسخ المشروعية فهو نسخ للحكم، والحكم هو مقصود البيع والكلام وسيلته، فيكون نسخ الوسيلة أولى من نسخ المقصود.

¹ - الكاساني، مرجع سابق، ج5، ص/ 299.

ثانيا/ **بنية العقد**: ذكرت في المبحث الأول أن أركان العقد عند الحنفية ⁽¹⁾ محصورة في ركن واحد؛ وهو الصيغة الدالة على إرادة التعاقد، لكنهم يرون في حقيقة الأمر أن هذا الركن غير كاف لبناء العقد، بل لا بد أن تتوافر فيه مجموعة من الشروط ليتم انعقاده ⁽²⁾، وهي ثلاثة أنواع من الشروط: شروط العاقد، وشروط الصيغة، وشروط في المعقود عليه.

1/ شروط العاقد: يشترط فيمن يتولى إبرام العقد شرطان هما: العقل، وتعدد العاقد.

2/ شروط الصيغة: اشترطوا في صيغة العقد تحقق شرطين هما: توافق الإيجاب والقبول، وإتحد مجلس العقد.

3/ شروط المعقود عليه: أربعة وهي: أن يكون المعقود عليه مالا منقوما، وموجودا، ومملوكا في نفسه، ومقدورا على تسليمه.

وعليه، يكون قوام العقد عندهم وأصله هو مجموع هذه الشروط، فهي مطلوبة لانعقاد العقد، وإذا اختل واحد منها كان العقد باطلا؛ أي ليس له وجودا شرعيا، غير أنها لا تكفي لصحة العقد بل يجب أن تضاف إليها أوصاف ⁽³⁾ معينة وهي: معلومية المبيع والتمن، وعدم التوقيت، وخلو العقد من الشرط المفسد، وتحقق الرضا، وأن يكون المبيع ذا فائدة، وانتفاء شبهة الربا.

فالعقد الذي توافرت فيه هذه الشروط يكون صحيحا بعد انعقاده، أما إذا اختل فيه واحد منها فإن العقد يكون فاسدا، ويستنتج من ذلك أن أسباب الفساد عند الحنفية هي: الجهالة، التوقيت، الشرط المفسد، الإكراه، عدم الفائدة، وشبهة الربا.

يتبين من كل ما سبق، أن السبب الأول الذي هيا للحنفية إيجاد مرتبة بين الصحة والبطان؛ هو تفريقهم بين شروط الانعقاد وشروط الصحة. فإذا اختل أحد شروط الانعقاد كان العقد باطلا، لكن إذا وجد أصل العقد واختل أحد أوصافه؛ أي أحد شروط الصحة- ويطلق عليها أيضا الأوصاف اللازمة للعقد- كان العقد رغم فساده منعقدا؛ لأنه تحققت فيه أسباب الوجود الشرعي.

وبذلك خالفوا المذاهب الأخرى التي تجعل شروط الانعقاد، وشروط الصحة في مقام واحد، من حيث تأثيرها على العقد. فالخلل الواقع في شروط الانعقاد، أو في شروط الصحة، يجعل العقد باطلا.

البند الثاني: الآثار المترتبة على فساد العقد

1 - سبق أن أشرت إلى ذلك في المبحث الأول عند الكلام حول عد أركان العقد.

2 - ابن عابدين، مرجع سابق، ج5، ص/ 50.

3 - ابن عابدين، مرجع سابق، ج4، ص/ 505.

سبق أن ذكرت بأن العقد الفاسد منعقد، غير أن شائبة الفساد ملتصقة به. وفي هذا البند سأبين أحكام العقد الفاسد عند الحنفية، غير أنني سأخص بالذكر ثلاثة أحكام منها: استحقاق الفسخ، وإفادة الملك بالقبض، ونفاذ تصرف المشتري في المبيع بعقد فاسد.

أولاً/ استحقاق العقد للفسخ: الأصل في العقد الفاسد أنه لا ينتج أثراً قبل القبض وإن كان منعقداً، فهو عقد على خطر الزوال؛ لأن الإخلال بالأوصاف المتممة التي قررها الشارع معصية تستوجب الزجر، واستحقاق الفسخ يصلح أن يكون زجراً عن المعصية⁽¹⁾؛ لأن العاقدين إذا علما أن العقد سيفسخ، فالظاهر أنهما يمتنعان عن مباشرة العقد على هذا الوجه.

ويتحقق فسخ العقد بأي قول أو فعل يدل عليه، ولا يحتاج إلى رضا البائع ولا إلى قضاء القاضي، سواء كان قبل القبض أو بعده؛ لأن هذا البيع استحق الفسخ حقا لله تعالى. وبيراً المشتري من الضمان برد المبيع على أي وجه يمكن أن يتم به؛ كأن يهبه له، أو يعيره إياه، أو يودعه عنده، فيتحقق الرد بذلك كله.

ثانياً/ إفادة الملك بالقبض: إذا قبض المشتري المبيع فاسداً بإذن من البائع؛ كأن يسلمه إياه، أو يأخذه في حضرته دون أن ينكر عليه، فهناك رأيان في المذهب الحنفي فيما يترتب على هذا القبض:

1/ الرأي الأول: يرى بعض الحنفية⁽²⁾ أن العقد الفاسد إذا تأيد بقبض المبيع بإذن بئعه فإن المشتري يملك المبيع كما يملك التصرف فيه. بدليل أن البائع لو سرق المبيع من المشتري بعد القبض، وجب عليه الحد، ولو كان المبيع عقاراً، وبيعت دار بجانبه، ثبت حق الشفعة للمشتري؛ لأن هذه الأمور من ثمرات الملك، فلا تثبت إلا بثبوته.

2/ الرأي الثاني: يرى البعض الآخر من الحنفية⁽³⁾ أن الملك الذي ينتقل إلى المشتري بالقبض هو ملك خبيث لا يفيد إطلاق الانتفاع بالمبيع، ويبقى على أصل استحقاق الفسخ فلا ترد عليه الإجازة، حتى يرفع سبب الفساد أو يصحح.

إذا سلم البائع المحل المعقود عليه إلى المشتري، أو أخذه في حضرته، أو بعلمه، ولم يبد عليه أي نكير، دل هذا التصرف منهما على إصرارهما على إبقاء العقد. ورعاية لهذه المصلحة التي قصدت إليها، رتب فقهاء الحنفية على قبض المبيع فاسداً، انتقال ملكيته إلى المشتري - وإن لم يكن ملكاً صحيحاً - مع الإبقاء على فرصة تصحيح العقد وإزالة المفسد.

1 - الكاساني، مرجع سابق، ج5، ص/ 300.

2 - ابن نجيم، البحر الرائق، ج6، ص/ 100.

3 - الكاساني، مرجع سابق، ج5، ص/ 304.

ثالثاً/ نفاذ تصرف المشتري في المبيع المقبوض بعقد فاسد: إذا خرج المشتري بعقد فاسد من يد

المشتري؛ كأن يبيعه، أو يهبه، أو يتصدق به، فإن هذا التصرف يمنع استرداد المبيع.

وعَلَّ الحنفية⁽¹⁾ هذا الحكم؛ بأن قبض المبيع في العقد الأول تم بتسليط من البائع، إذ أذن للمشتري

في قبضه. ويضاف إلى ذلك أن المبيع قد تعلق به حق للغير بسبب العقد الثاني، وهو صحيح يفيد انتقال

ملك المبيع إلى المشتري الثاني. ففي هذه الحالة يتعذر فسخ العقد، ويضمن المبيع فاسداً بالقيمة حفاظاً

على حق المشتري الثاني في ثمار العقد الصحيح.

البند الثالث: آراء لغير الحنفية توافق ما ذهب إليه الحنفية في العقد الفاسد

ساير جمهور المالكية⁽²⁾ والشافعية⁽³⁾، الحنفية في فكرة العقد الفاسد، لكن ليس على إطلاقها، فقد

قرر المالكية والشافعية أن النهي عن الشيء، إذا كان لأمر خارج عن ماهية العقد غير ملازم له؛ فإنه لا

يقتضي بطلانه، لسلامة الماهية من الخل، ففي هذه الحالة يوافقون الحنفية في شق من دائرة العقد الفاسد

الواسعة. فالمالكية والشافعية يعتبرون الخل في الأوصاف اللازمة، كالخلل في الأركان، فكل منهما سبب

لبطلان العقد، وفي هذا الشق يخالفون الحنفية الذين يرون أن البطلان مختص بفوات مقومات العقد، أما

الخلل في الأوصاف، فينتج عنه فساد العقد لا بطلانه. فيبقى الشق الذي تلتقي فيه المذاهب الثلاثة؛ وهو

ما كان الخلل فيه لأمر خارج عن الماهية، وغير ملازم لعناصرها.

ولا يفوتني في هذا الجانب من هذا الموضوع أن أشير إلى ما ورد عن بعض المالكية من إطلاق

لفظ الفساد، ويريدون به معنى الفساد عند الحنفية؛ كالبيع وقت النداء لصلاة الجمعة، فسموه عقداً فاسداً

مع استثنائه في مواضع أخرى من أنواع الباطل. فهذا تقرير ضمنى لصحة التفريق بين العقد الباطل

والفاسد.

جاء في بداية المجتهد⁽⁴⁾: "والبيوع الفاسدة عند مالك تنقسم إلى محرمة وإلى مكروهة، فأما المحرمة:

فإنها إذا فاتت مضت بالقيمة. وأما المكروهة: فإنها إذا فاتت صحت عنده، وربما صح عنده بعض البيوع

الفاصلة بالقبض لخفة الكراهة عنده في ذلك".

فيكون المالكية بعد أن ساووا بين العقد الباطل والعقد الفاسد، رجعوا إلى التمييز بينهما، لكن في

1 - الكاساني، مرجع سابق، ج5، ص/ 301.

2 - ابن العربي، المحصول، ص/ 71.

3 - الإسنوي، نهاية السؤل، ص/ 177.

4 - ابن رشد الحفيد، مرجع سابق، ج3، ص/ 208.

صورة أخرى تحت اسم البيع المحرم والبيع المكروه، فيقابل البيع المكروه عند المالكية، البيع الفاسد عند الحنفية.

هذا وقد ثبت عن بعض المالكية⁽¹⁾ استحسان نظرة الحنفية في تقسيم العقود إلى صحيحة، وفاسدة، وباطلة حيث أقرّوا بأنه فقه حسن.

الفرع الثاني: دلالة الفساد في المذهب الحنفي على حماية الثقة في المعاملات المالية

تمكن الحنفية بنظرة فقهية دقيقة، من إيجاد مرتبة الفساد وضبط حدودها، فالعقد الفاسد مستحق للفسخ، وهذه نتيجة طبيعية لمخالفة أمر الشارع، وقد أعطى الشارع المشتري حق فسخ العقد وردّ المبيع إلى بائعه لإبراء ذمته منه، وهذا الحكم يدل على حماية الشارع لثقة المشتري، الذي أضيف إليه ملكا خبيثا، بأن يسر له رد المبيع، وحلّ عقدة العقد الفاسد ليبراً من ضمانه.

والحكم بفساد العقود دون بطلانها، يقرر للعاقدين نوعاً من الحماية - إذا ما حكم بترتب بعض آثار العقد كاستقرار الملك - يتسنى لهم بموجبها الاطمئنان على نتائج المعاملة، خصوصاً إذا كان في العقد فرصة للتصحيح بإزالة المفسد. وفي هذا الحكم دلالة صريحة على رعاية الشارع لثقة المتعاملين في العقود التي يبرمونها، وذلك بحملها على الصحة ما أمكن، حفاظاً على مصالحهم.

كما يقرر العقد الفاسد حماية كافية لحق من انتقل إليه المبيع فاسداً بعقد صحيح، مع جهله بما تعلق به من الفساد، فجهله هذا معتبر شرعاً، حيث رتب عليه الحنفية ثبوت ملكيته للمبيع، وانقطاع حق البائع الأول في استرداد المبيع، وترتب الضمان على البائع الثاني.

فمجموع هذه الأحكام، والآثار يصب في مجرى استقرار العقود، فهو يدل على حماية الشارع لثقة المتعاقدين بإثبات نتائج معاملاتهم، وإن اعترأها بعض الفساد، وإعطائهم فرصة للتصحيح وإزالة المفسد. وفي ختام هذا الفصل أخلص إلى أن مبدأ حماية الثقة في المعاملات المالية، يشهد لاعتبار الشارع له جميع الأجزاء التي تكون نظرية العقد في الفقه الإسلامي، ابتداءً بتكوين العقد، وانتهاءً بالأحكام التي تعتريه.

بعد أن تعرفنا على الأصول التي تقرر مبدأ حماية الثقة في المعاملات المالية، سأنتظر في الفصل الموالي إلى أهم التطبيقات، التي يظهر فيها قصد الشارع إلى حمايتها من فروع فقه المعاملات المالية.

¹ - القرافي، الفروق، ج2، ص/ 84.

الفصل الثاني:

نطاق حماية الثقة في المعاملات المالية

*المبحث الأول: حماية الثقة في نطاق احترام الإرادة الحقيقية

*المبحث الثاني: حماية الثقة في نطاق الملكية الظاهرة

*المبحث الثالث: حماية الثقة في نطاق التفليس

بعد بيان الأصول الشرعية التي تشهد لاعتبار الشارع لمبدأ حماية الثقة في المعاملات المالية. وحتى تكتمل صورة هذا المبدأ سأتطرق في هذا الفصل إلى بيان نطاق حمايتها، وأخص بالدراسة من هذا الأخير: نطاق احترام الإرادة الحقيقية، ونطاق الملكية الظاهرة، ونطاق التفليس.

المبحث الأول: حماية الثقة في نطاق احترام الإرادة الحقيقية

لا جدال في أن العقد في الفقه الإسلامي يقوم على أساس الرضا الكامل، وافترض الصدق والأمانة بين المتعاقدين. ولما كان الرضا أمراً خفياً مستترا في خبايا النفس، جعل الشارع توافق الإيجاب والقبول علامة وقرينة تدل على توجه رغبة العاقدين لإنشاء العقد. وعليه، فإن الرضا لا يكتمل، ولا تترتب عليه آثاره، إلا إذا توافق ما في نفس العاقد مع الوسيلة التي تعبر عنه.

وفي هذا المبحث سأتطرق لبيان دور حماية الثقة في دفع التنازع الذي يقع بين احترام الإرادة الحقيقية، وبين الحفاظ على استقرار التعامل بين الأفراد، ثم أخلص إلى مسلك الفقه الإسلامي في دفع هذا التعارض.

المطلب الأول: التنازع بين احترام الإرادة الحقيقية واستقرار التعامل

لقد عني الفقه الإسلامي باحترام الإرادة الحقيقية للمتعاقدين، بالقدر نفسه اعتنى باستقرار المعاملات وضبطها، لكن احترام إرادة العاقدين في بعض الأحيان قد يتعارض ويتنافى مع استقرار التعامل⁽¹⁾، إذا ما شاب الإرادة الحقيقية عيب⁽²⁾ ينتج عنه إحداث خلل بينها وبين الإرادة الظاهرة⁽³⁾، فيكون احترام الإرادة الحقيقية يستلزم التضحية باستقرار التعامل، والعناية باستقرار التعامل تقتضي التضحية باحترام الإرادة الحقيقية.

وفي هذا المطلب سأتطرق إلى بيان معنى الإرادة الحقيقية، ثم إلى دور حماية الثقة في دفع التنازع بين احترام الإرادة الحقيقية واستقرار التعامل.

الفرع الأول: معنى الإرادة الحقيقية

لبيان معنى مصطلح "الإرادة الحقيقية" سأذكر تعريفي: الإرادة، والحقيقية في اللغة، ومن ثمة أتوصل إلى بيان معناه كمركب وصفي.

1 - د/ عبد الرزاق السنهوري، مرجع سابق، ج2، ص/ 474.

2 - عيوب الإرادة هي أمور تصاحب إنشاء العقد أو تحيط به، تحدث خلافا في رضا العاقد، فيكون لها تأثير على صحة العقد أو على إلزامه، وهي كثيرة ومتنوعة لكنها ترجع في الأصل إلى أربعة أمور هي: الغلط، الغبن، التدليس، والإكراه.

3 - الإرادة الظاهرة هي: ما يصدر عن الشخص من قول أو فعل، إظهاراً لقصده ونيته في إنشاء العقد، ودليلاً على رغبته ورضاه بما يترتب عليه من آثار. د/ أحمد فراج حسين، مرجع سابق، ص/ 420.

البند الأول: تعريف الإرادة والحقيقية في اللغة

في هذا البند سأورد المعاني اللغوية للفظي الإرادة، والحقيقية.

أولاً/ تعريف الإرادة في اللغة: الإرادة من الفعل رَادَ، نقول راد الرجل إرادة بمعنى طلب واختار⁽¹⁾،

وإرادتي بهذا أي قصدي بهذا⁽²⁾. ومنه يكون معنى الإرادة: القصد والمشئمة⁽³⁾.

ثانياً/ تعريف الحقيقية في اللغة: الحقيقة من الحق وهو نقيض الباطل⁽⁴⁾، ويقصد بها الشيء المستقر في

محلّه⁽⁵⁾. ويقصد بها أيضاً: ما أقر في الاستعمال على أصل وضعه، والمجاز خلاف ذلك⁽⁶⁾.

البند الثاني: تعريف الإرادة الحقيقية

الإرادة الحقيقية، أو الإرادة الباطنة هي: توجه الرغبة لإتيان تصرف دون غيره من التصرفات، وعلى

وجه دون غيره من الوجوه⁽⁷⁾. وعرفها الدكتور أحمد فراج حسين⁽⁸⁾ بقوله: "هي قصد العقد والرغبة في

إنشائه، مع الرضا بما يترتب عليه من آثار".

يظهر من هذين التعريفين أن مصطلح الإرادة الحقيقية معناه: استقرار نفس العاقد على اختيار

شيء دون غيره، أو على قصد تصرف دون غيره من التصرفات.

الفرع الثاني: دور حماية الثقة في دفع التنازع بين احترام الإرادة الحقيقية واستقرار التعامل

تؤدي الثقة في المعاملات المالية دوراً مهماً في دفع التنازع بين احترام الإرادة الحقيقية، واستقرار

التعامل؛ الذي يحدث كنتيجة لطوء أحد عيوب الإرادة.

وفي هذا الفرع سأحدث عن عيوب الإرادة المتمثلة في الغلط، والتدليس، والإكراه، مع بيان دور

حماية الثقة في دفع التنازع الناتج عن كل واحد منها.

البند الأول: حماية الثقة في حالة الغلط

الأصل في الإرادة الحقيقية للعاقد؛ هو وجود القصد للعقد مع تحقق صحته، لكن طوء الغلط على

تلك الإرادة يؤدي إلى اختلال صحة القصد، مما ينتج عنه حدوث تناقض بين احترام الإرادة الحقيقية للعاقد

الذي وقع في الغلط، وبين استقرار التعامل.

1 - الفيومي، مرجع سابق، ص/ 245.

2 - علي بن إسماعيل المرسي، مرجع سابق، ج9، ص/ 420.

3 - الفيروزآبادي، مرجع سابق، ص/ 362.

4 - علي بن إسماعيل المرسي، مرجع سابق، ج2، ص/ 472.

5 - الجرجاني، مرجع سابق، ص/ 90.

6 - ابن منظور، مرجع سابق، ج10، ص/ 52.

7 - د/ محمد رواس قلعة جي، د/ حامد صادق قنبي، مرجع سابق، ص/ 53.

8 - د/ أحمد فراج حسين، مرجع سابق، ص/ 420.

وفي هذا البند سآبين معنى الغلط، وأنواعه، وأحكامه، ومن ثمة آبين دور حماية الثقة في دفع

التعارض الناتج عنه.

أولاً/ معنى الغلط وأنواعه وأحكامه: للتعرف على الغلط كعيب للإرادة سآبين معناه، وأنواعه، ثم الأحكام الشرعية المترتبة عليه.

1/ معنى الغلط: يتضح معنى الغلط ببيان معنييه اللغوي، والاصطلاحي.

أ/ تعريف الغلط لغة: الغلط من الفعل غَلَطَ ومعناه: أخطأ وجه الصواب، وعرفه الزبيدي⁽¹⁾ فقال: "الغلط أن تعيا بالشيء فلا تعرف وجه الصواب فيه من غير تعمد".

ب/ تعريف الغلط اصطلاحاً: عرف الدكتور أحمد فراج حسين⁽²⁾ الغلط فقال: "هو أن يظهر بعد تمام العقد أن المعقود عليه يختلف عما كان في نفس العاقد، أو أن ذاته أو صفته ليست هي المتفق عليها". ومنه يمكن اعتبار الغلط وهم في نفس العاقد، نابع من ذاته، لولاه ما أقدم على إبرام العقد.

2/ أنواع الغلط: الغلط في المعاملات المالية نوعان: غلط نفسي عفوي، وغلط واضح ظاهر.

أ/ الغلط النفسي: وهو الغلط الذي ينفرد به العاقد، فيكون مستترا في نفسه، ولا علاقة لمن يتعاقد معه به، لأنه لم يتسبب في حدوثه، ولا علم له به⁽³⁾.

وهذا النوع من الغلط لا يعتد به الفقه الإسلامي؛ لأنه لا دليل عليه في الواقع، وإنما يعتد بالإرادة الظاهرة حفاظاً منه على استقرار المعاملات، فالأمر المنفصل عن الواقع في نظر الشارع؛ كالمعدوم الذي ألغي أثره.

قال الحطاب⁽⁴⁾ في هذا النوع من الغلط: "سئل مالك عن باع مصلى، فقال المشتري: أتدري ما هذا المصلى؟ هي - والله - خز⁽⁵⁾. فقال البائع: ما علمت أنه خز، ولو علمته ما بعته بهذا الثمن. قال مالك: هو للمشتري، ولا شيء للبائع... كذا من باع حجراً بثمن يسير، ثم هو ياقوته".

ومن أمثلة هذا النوع من الغلط أيضاً: أن يشتري خاتماً يظنه من الذهب، فإذا هو من الفضة المموهة به، أو أن يبيع إحدى سيارتيه يظنها الأخرى. فهذا الغلط لا اعتبار له لأمرين⁽⁶⁾ هما:

1 - أبو الفيض محمد بن محمد (مرتضى الزبيدي)، تاج العروس من جواهر القاموس، تحقيق: مجموعة من المحققين، دار الهداية، (بدون طبعة)، ج19، ص/ 517.

2 - د/ أحمد فراج حسين، مرجع سابق، ص/ 554.

3 - نفس المرجع، نفس الصفحة.

4 - الحطاب، مرجع سابق، ج4، ص/ 467.

5 - الخز من الثياب: العربي الأصيل. الهروي، مرجع سابق، ج3، ص/ 136.

6 - الخرشي، مرجع سابق، ج5، ص/ 554.

أ/ تسمية المبيع باسم يصلح له عرفاً؛ كتسمية الياقوتة حجراً فاسم الحجر عام يطلق على الياقوت وغيره.
 ب/ جهل البائع أو المشتري ناتج عن تقصير منهما، والأولى بهما أن يتثبتا قبل الإقدام على البيع.
 ب/ **الغلط الظاهر**: وأعني بوضوح الغلط هنا: وجود أمارات تدل على أن إرادة العاقد كانت مخالفة لما هو موجود؛ أي أن إرادة العاقد كانت ظاهرة ومكشوفة للطرف الآخر⁽¹⁾.

تتضح إرادة العاقد، وتتكشف بأحد الأمور⁽²⁾ التالية:

أ/ **التصريح بالقصد**: وهو أن يعين العاقد المحل المعقود عليه تعييناً تنتفي معه الجهالة، ويحصل ذلك عادة بالتسمية التي هي كشف للإرادة الحقيقية، أو بالإشارة التي هي كشف للإرادة الظاهرة، فإذا توافقت الإرادتان - وهو الأصل في الرضا - كان الغلط منقياً.

أما إذا اختلفت التسمية عن الإشارة؛ أي تعارضت الإرادة الحقيقية مع الإرادة الظاهرة، فالمقدم هنا هو الإرادة الحقيقية، ويكون الغلط هذه الحالة معتبراً.

ب/ **الكشف غير الصريح عن الإرادة**: ليس من الضروري أن يكشف العاقد عن إرادته الحقيقية للطرف الآخر بالتصريح بها، بل يمكنه أن يعتمد دلالات وقرائن يتمكن الطرف الآخر من خلالها، أن يستنتج إرادته الباطنة، سأتناول في هذا المقام دالتين هما: ظروف الحال والمكان، والسلامة من العيوب.

أ/ **استخلاص الإرادة من ظروف الحال والمكان**: ذلك بأن يكون في حال العاقد أو مهنته أو المكان الذي تم فيه العقد ما يوحي بأن ما تم عليه التعاقد مخالف لمقصوده. فمن أمثلة ظروف المكان: أن يشتري الحجر من سوق الجواهر، ثم لا يجده من الجواهر⁽³⁾.

أما قرائن الحال⁽⁴⁾ فيمثل لها بمن اشترى ناقة فوجدها بعيراً؛ فإن كان المشتري بدوياً يقتات باللبن، فحاله يدل على أنه اشترى الناقة للبنها فيخير، أما إذا كان صاحب أسفار يتنقل فالبعير أصلح له من الناقة، ولا خيار له.

ب/ **إطلاق العقد يقتضي السلامة من العيوب**: تقتضي عقود المعاوضات المالية وصف السلامة في المعقود عليه، فغرض الانتفاع بالمحل لا يتحقق إلا بقيد السلامة من العيوب، فمن اشترى شيئاً أو استأجره دون أن يطلع البائع أو المستأجر على أن به عيباً، فمن حقه أن يعتقد أن هذا الشيء خال من العيوب.

1 - د/ أحمد فراج حسين، مرجع سابق، ص/ 554.

2 - د/ عبد الرزاق السنهوري، مرجع سابق، ج2، ص/ 117، 120، 121.

3 - الحطاب، مرجع سابق، ج4، ص/ 467.

4 - د/ عبد الرزاق السنهوري، مرجع سابق، ج2، ص/ 120.

3/ أحكام الغلط: رتب الفقهاء على الغلط الذي يشوب الإرادة الحقيقية للعاقدة أحكاماً عدة، أوجزها فيما يلي:

أ/ إذا كان الغلط خفياً ومنفصلاً عن الواقع لم يرتب عليه الشارع أي حكم، واعتبره لاغياً، والعقد في هذه الحالة يكون لازماً⁽¹⁾.

ب/ إذا كان المشار إليه من خلاف جنس المسمى فالعقد باطل عند الحنفية⁽²⁾؛ لأن العقد تم على المسمى وهو معدوم، والعقد على المعدوم باطل. أما المالكية⁽³⁾ فيرون أن العقد غير لازم.

ج/ إذا اختلف المشار إليه عن المسمى في الوصف، ثبت الخيار لمن فاتته صفة مرغوبة في محل العقد؛ أي يثبت خيار العيب للمتضرر بفوات الوصف⁽⁴⁾.

د/ إذا دلت الظروف والقرائن على غلط العاقدة، ثبت الخيار للمشتري لأن غلظه معتبر، لكن إذا لم تحمل أية دلالة عليه، فلا اعتبار له، ولا خيار له⁽⁵⁾.

هـ/ وصف السلامة ثابت بدلالة إطلاق العقد، فيكون كالمشروط نصاً⁽⁶⁾، والإخلال به يوجب الخيار لمن عيبته إرادته.

ثانياً/ دور حماية الثقة في دفع النزاع الناتج عن الغلط: الغلط عيب خفي ومنفصل عن الواقع، في

حين اعتبر الشارع الاتصال بالواقع أساس الحكم على تصرفات الأفراد، فقد تجاهل الغلط النفسي، ولم يرتب عليه أي أثر. وبذلك يكون قد ضحى باحترام إرادة العاقدة الذي وقع في الغلط، ليحافظ على استقرار التعامل بين الأفراد، فلو تسنى لكل من زعم أنه وقع في غلط أن يفسخ العقد، لأصبح التعامل في حالة فوضى لا حد لها، ولتزعزعت الثقة في المعاملات المالية.

لكن الغلط إذا كان ظاهراً ومتصلاً بالواقع، بأي شكل من أشكال الاتصال السابقة الذكر؛ فإنه يكون معتبراً، ويتقرر بموجبه ثبوت الخيار لمن وقع فيه، في إمضاء العقد أو فسخه، وهنا يقدم الشارع احترام إرادة العاقدة؛ لأنه لا يؤدي إلى زعزعة التعامل؛ فالعاقدة الآخر علم بغلط صاحبه، ولا وجه لاحتجاجه بأنه فوجئ بفسخ العقد. وبهذا الحكم يحمي الشارع ثقة الذي وقع في الغلط؛ لكون إرادته جديرة بالاعتبار.

1 - الخرخشي، مرجع سابق، ج5، ص/ 554.

2 - السرخسي، أصول السرخسي، ج7، ص/ 117.

3 - الحطاب، مرجع سابق، ج4، ص/ 12.

4 - د/ عبد الرزاق السنهوري، مرجع سابق، ج2، ص/ 117.

5 - الحطاب، مرجع سابق، ج4، ص/ 467.

6 - الكاساني، مرجع سابق، ج5، ص/ 274.

البند الثاني: حماية الثقة في حالة التدليس

يقوم بعض الأفراد أحيانا بممارسة أنواع من الخدع، في مجال التعامل المالي بقصد الوصول إلى أرباح كبيرة بجهد أقل، وذلك بتغيير الآخرين وإيهامهم بأي شيء من شأنه أن يدفعهم إلى التعاقد. وفي هذا البند سأتطرق إلى بيان معناه وأنواعه والأحكام التي تعتريه، ومن ثمة يتبين دور حماية الثقة في دفع التنازع الناتج عنه.

أولا/ معنى التدليس وأنواعه وأحكامه: للتعرف على التدليس كعيب للإرادة؛ سأبين معناه، وأنواعه، وأحكامه.

1/ معنى التدليس: يتضح معنى التدليس ببيان تعريفه: اللغوي، والاصطلاحي.

أ/ تعريف التدليس لغة: التدليس من الدّلس وهو السواد والظلمة⁽¹⁾، والتدليس هو الكتمان والخداع مطلقا.

ب/ تعريف التدليس اصطلاحا: جاء في التاج والإكليل لمختصر خليل⁽²⁾: "التدليس هو إبداء البائع ما يوهم كمالا في مبيعه كاذبا، أو كتم عيب فيه".

ويطلق الفقهاء على التدليس اسم: "التغريب"⁽³⁾، فهما مصطلحان يراد بهما معنى واحد.

2/ أنواع التدليس: ينقسم التدليس باعتبار الوسيلة المستعملة فيه إلى قسمين: تدليس فعلي وتدليس قولي.

أ/ التدليس الفعلي: عرفه الحطاب⁽⁴⁾ بقوله: "التغريب الفعلي كالشرطي⁽⁵⁾، وهو أن يفعل البائع في المبيع المبيع فعلا يظن به المشتري كمالا فلا يوجد"، وهذا التعريف شامل لكل ما من شأنه أن يستر العيب، أو يظهر الكمال.

أبرز مثال للتغريب الفعلي في الفقه الإسلامي؛ هو تصرية البهائم ليعتقد مشتريها أنها حلوية. ومن أمثله أيضا: أن يضع البائع البضاعة الجيدة فوق الرديئة لتكون كالوجه لها. ومن هذا القبيل أيضا: أن يتلاعب بائع السيارة المستعملة بعدد المسافة فيها، وإرجاع أرقامه لإيهام المشتري قلة استعمالها.

ب/ التدليس القولي⁽⁶⁾: هو ما يعمد فيه العاقد أو من يعمل لحسابه كالدّلال أو السمسار، إلى الكذب والإدلاء بغير الحقيقة بقصد حمل من تعاقد معه على التعاقد.

1 - ابن منظور، مرجع سابق، ج6، ص/ 86.

2 - المواق المالكي، مرجع سابق، ج6، ص/ 195.

3 - هذا الإطلاق ذائع في كتب الفقه عموما عند جميع المذاهب.

4 - الحطاب، مرجع سابق، ج4، ص/ 437.

5 - التغريب الشرطي يقصد به فوات الوصف المشروط في المحل المعقود عليه. المرجع السابق، نفس الصفحة.

6 - د/ أحمد فراج حسين، مرجع سابق، ص/ 560.

أبرز مثال للتغريب القولي في الفقه الإسلامي هو: بيع النجش. ومن أمثلته أيضا: أن يدلي العاقد أو من يعمل لحسابه، ببيانات غير صحيحة في وصف الشيء الذي تم التعاقد عليه، أو أن يقول البائع للمشتري قيمة هذا الشيء كذا فاشتره، فيشتريه بناء على قوله.

3/ حكم التدليس: اتفق الفقهاء على حرمة التدليس في المعاملات المالية، لتوافر الأدلة الشرعية الواردة بالنهاي عنه، منها: ما روي عن أبي هريرة أن رسول الله صلى الله عليه وسلم مر على صبرة طعام فأدخل يده فيها، فنالت أصابعه بللا فقال: «ما هذا يا صاحب الطعام؟» قال: أصابته السماء يا رسول الله، قال صلى الله عليه وسلم: «أفلا جعلته فوق الطعام كي يراه الناس، من غش فليس مني»⁽¹⁾. وقوله صلى الله عليه وسلم أيضا: «البيعان بالخيار ما لم يتفرقا، فإن صدقا وبينا بورك لهما في بيعهما، وإن كذبا وكتما محقت بركة بيعهما»⁽²⁾. وقوله صلى الله عليه وسلم: «المسلم أخو المسلم، ولا يحل لمسلم باع من أخيه بيعا فيه عيب إلا بينه له»⁽³⁾.

فهذه النصوص وغيرها كثير، صريحة في تحريم الغش والتدليس، لكن ليس فيها ما يشير إلى حكم العقد الذي كان الدافع إلى إبرامه أمر موهوم بفعل فاعل، ولهذا كثر الخلاف بين الفقهاء فيما يعتبر عيبا وما لا يعتبر، لكن يستخلص من أقوالهم بعض الضوابط التي يتقرر بموجبها اعتبار التدليس عيبا يوجب الخيار للمدلس عليه وهي:

أ/ أن يكون التدليس بما يختلف الثمن لأجله اختلافا كثيرا، وهذا الضابط وإن كان محل اتفاق بين الفقهاء إلا أنهم اختلفوا في حكم التدليس بالقول الذي ينتج عنه غبن المدلس عليه غبنا فاحشا، فجمهور الحنفية⁽⁴⁾ الحنفية⁽⁴⁾ والمالكية⁽⁵⁾ في المشهور من المذهب، يرون أنه لا يوجب الخيار لأن التدليس بالفعل أقوى حكما من التدليس بالكذب. أما الذين اعتبروه عيبا مؤثرا في لزوم العقد، فاشتروا لهذا الاعتبار توافر مجموعة

من الشروط وهي:

- 1 - رواه مسلم في كتاب الإيمان، باب قول النبي صلى الله عليه وسلم "من غشنا فليس منا"، ج1، ص/ 99 (102).
- 2 - رواه البخاري في كتاب البيوع، باب البيعان بالخيار ما لم يتفرقا، ج3، ص/ 64 (2110).
- 3 - رواه ابن ماجه في كتاب التجارات، باب من باع عيبا فليبينه، ج2، ص/ 755 (2246). ورواه الحاكم في كتاب البيوع، باب حديث حبيب بن أبي ثابت، ج2، ص/ 10 (2152). ورواه البيهقي في السنن الكبرى، كتاب البيوع، باب ما جاء في التدليس وكتمان العيب بالمبيع، ج5، ص/ 523 (10734)، صححه الألباني في إرواء الغليل، ج5، ص/ 165.
- 4 - ابن عابدين، مرجع سابق، ج5، ص/ 145.
- 5 - الحطاب، مرجع سابق، ج6، ص/ 350.

أ/ أن يكون التغيرير في عقد معاوضة كالبيع أو الإجارة؛ لأن عقود المعاوضات تقتضي سلامة العوض، بخلاف غيرها من أنواع المعاملات؛ كعقود التبرعات مثلا فإن الغرور لا يثبت الرجوع فيها.

ب/ أن يكون الغرور بالشرط، وذلك بأن يغيره في شرط متضمن في المعقود عليه.

ج/ أن يكون التدليس صادرا من العاقد، ففي هذه الحالة يكون أكثر تأثيرا مما إذا كان صادرا من غيره.

ب/ أن يكون التدليس بما يعد عيبا في المحل المعقود عليه، وهذا الشرط وإن كان محل اتفاق بين الفقهاء، إلا أنهم اختلفوا حول العيوب التي توجب الخيار، والتي لا توجهه؛ لأن ضابط معرفة العيب مرده في الأساس إلى ذوي الاختصاص. والقاعدة الفقهية تقول: "كل ما أوجب نقصان القيمة في عادة التجار فهو عيب"⁽¹⁾.

فمن هذا المنطلق أقر بعض الفقهاء عيوباً⁽²⁾، وأوجبوا بها الخيار للمدلس عليه، ولم يقرها آخرون لأنهم لم يعتبروها عيوباً موجبة للخيار، وحكموا بلزوم العقد؛ كما لو علف الشاة فانتفخ بطنها فظن المشتري أنها حامل. فالتدليس بمثل هذا يعد عيباً عند بعض الفقهاء قياساً على التصرية⁽³⁾، لكن البعض الآخر منهم رآه توهم وقع فيه المشتري، جعله يطمع في زيادة مزية في المعقود عليه، فحكموا بلزوم العقد، ولا خيار للمغبون.

ج/ إذا وقع تدليس في أحد عقود الأمانة، فجمهور الفقهاء من الحنفية⁽⁴⁾ والشافعية⁽⁵⁾، يعتبرون التدليس فيها عيباً موجباً للخيار، إذا أدى إلى غبن فاحش. أما المالكية⁽⁶⁾ والحنابلة⁽⁷⁾، فيرون أن مجرد الكذب في عقود الأمانة يوجب الخيار للمدلس عليه، حماية للثقة التي أودعها فيمن استأمنه.

ثانياً/ دور حماية الثقة في دفع التعارض الناتج عن التدليس: من هذه الضوابط والشروط التي قررها الفقهاء أخلص إلى أن التدليس أمر ظاهر يعيب إرادة العاقد، لكن اعتباره مشروطاً بأن ينتقي عن العاقد المدلس عليه التقصير في تقصي حقيقة المعقود عليه؛ فإن كان ذلك الأخير مقصراً، لم يثبت له خيار

1 - المرغيناني، مرجع سابق، ج3، ص/ 40.

2 - تفاصيل العيوب مبثوثة في كتب الفقه الإسلامي بشكل وافر، فقد استقصى كل مذهب أنواع العيوب التي يرى أنها موجبة للخيار، والتي لا يرى أنها موجبة له.

3 - لم أذكر الخلاف الذي وقع بين الفقهاء حول مسألة "المصرأة"؛ لأن الخلاف فيها مرجعه في الأساس إلى الخلاف في الأصول، والمقصود بحدِيثنا في هذا الموضوع هو الخلاف في الفروع.

4 - ابن مازة البخاري، مرجع سابق، ج7، ص/ 07.

5 - الشيرازي، المهذب، ج2، ص/ 52.

6 - الحطاب، مرجع سابق، ج4، ص/ 469.

7 - عبد الرحمان ابن قدامة المقدسي، مرجع سابق، ج2، ص/ 79.

التدليس، حتى ولو كان الغبن فاحشا، وهنا يقدم الحفاظ على استقرار التعامل، وفي سبيله يضحي باحترام إرادة العاقد الحقيقية، لكن إذا كان العاقد المدلس عليه معذورا في انخداعه لعدم تقصيره؛ فإن الاعتبار الأول في هذه الحالة يكون لاحترام إرادته، وهذا الاعتبار لا يؤدي إلى الإخلال باستقرار التعامل بين الأفراد؛ لاتصال عيب التدليس بالعاقد الآخر، فلا تعتبر دعواه في تضرره بتخيير صاحبه. فمنح حق الخيار للعاقد المغرر به يقتضي حماية ثقته وضمأن حقه، بإعطائه فرصة لاختيار إمضاء العقد أو فسخه.

البند الثالث: حماية الثقة في حالة الإكراه

يتصل الإكراه في أغلب الأحيان بأسباب مادية تجعله أقرب إلى الموضوعية، وتبعده عن الذاتية، وقد أسهب الفقهاء في تفصيل أحكام جميع الأحوال التي تعتريه أو تحيط به في مباحث خاصة، بل أفرده البعض بمصنفات تجمع أحكامه. وفي هذا البند سأتطرق لبيان معناه وأنواعه وأحكامه، ومن ثمة أبين دور حماية الثقة في دفع التنازع الناتج عنه.

أولا/ معنى الإكراه وأنواعه وأحكامه: للتعرف على الإكراه كعيب للإرادة سأبين معناه، وأنواعه، وأحكامه.

1/ معنى الإكراه: يتضح معنى الإكراه بذكر تعريفه اللغوي، والاصطلاحي:

أ/ تعريف الإكراه لغة: الإكراه من الفعل كره، ويدل على خلاف الرضا والمحبة، والكره: المشقة وتكلف الشيء بغير رضا⁽¹⁾. والإكراه هو قهر الغير بحمله على أمر يكرهه أو لا يريده⁽²⁾.

ب/ تعريف الإكراه اصطلاحا: جاء في المحيط البرهاني⁽³⁾: "الإكراه: هو حمل الإنسان على أمر يكرهه، ولا يريد مباشرته لولا الحمل عليه".

2/ أنواع الإكراه: ينقسم الإكراه⁽⁴⁾ بالنظر إلى قدر الضرورة التي يقع فيها المكروه إلى قسمين: إكراه ملجئ وإكراه غير ملجئ.

أ/ الإكراه الملجئ: هو الإكراه الذي يهدد بضرر جسيم؛ كهلاك النفس أو ما في معناها من التهديد بإتلاف عضو من جسمه، أو التعدي على أهله، أو ولده⁽⁵⁾.

وهذا النوع من الإكراه يجعل الشخص المكروه في حالة ابتلاء، ينعدم فيها رضاه بالعقد⁽¹⁾،

1 - ابن فارس، معجم مقاييس اللغة، ج5، ص/ 172.

2 - الفيومي، مرجع سابق، ج2، ص/ 532.

3 - عبد العزيز البخاري، مرجع سابق، ج4، ص/ 631.

4 - ذكر الفقهاء تقسيمات أخرى للإكراه؛ منها تقسيمه بالنظر إلى جسامة إلى إكراه تام وإكراه ناقص، وبالنظر إلى صحة إيقاعه إلى إكراه بحق وإكراه بغير حق، وبالنظر إلى مشروعيته إلى جبر حلال وجبر حرام.

5 - ابن نجيم، البحر الرائق، ج8، ص/ 79.

ويبقى الاختيار⁽²⁾. فيتعين عليه أن يختار أخف الضررين، دون أن يكون راضيا بأي منهما. وجسامة الضرر اللاحق بالمكره أمر نسبي لا ضابط له؛ لأنه يتوقف على حالة الشخص الجسمية أو النفسية من جهة، وعلى الوسيلة المستعملة فيه من جهة أخرى؛ فضعيف الجسم مثلا لا يحتمل ما يحتمله القوي، وصاحب المقام الرفيع قد يتأذى بالكلام الخشن أو يغتم بحبس يوم. وعليه يكون المعيار في تقدير حجم الضرر أمرا ذاتيا شخصيا.

ب/ الإكراه غير الملجئ: هو الإكراه الذي لا يؤدي إلى إلحاق ضرر كبير بالشخص الذي يقع عليه، إما لخفة الضرر، وإما لسهولة احتمالته⁽³⁾. والمعيار في هذين الضابطين أيضا أمر نسبي، يرجع تقديره إلى حالة الشخص الذي وقع عليه.

3/ أحكام الإكراه: اتفق الفقهاء على اعتبار الإكراه عيبا مخلا بإرادة العاقد الذي وقع فيه⁽⁴⁾، غير أن هذا الاعتبار ليس على الإطلاق، بل هو مقيد بتوافر مجموعة من الشروط⁽⁵⁾ وهي:

أ/ أن يكون الخطر الذي يهدد المكره جسيما، ويبقى المعيار في تقدير حجم الجسامة هو حال المكره، كما ذكرت فيما سبق.

ب/ أن يكون المكره خائفا على نفسه أو على أقرب الناس إليه⁽⁶⁾، فالإكراه الملجئ يبعث في نفس المكره رهبة تدفعه إلى إبرام العقد، فالتصرفات التي صدرت عنه في حالة الرهبة يسري عليها حكم الإكراه⁽⁷⁾.

1 - الرضا هو: الرغبة في الشيء واستحسانه، والارتياح إليه. أ. د/ بدران أبو العينين بدران، تاريخ الفقه الإسلامي ونظرية الملكية والعقود، دار النهضة العربية- بيروت، (بدون طبعة)، ص/ 507.

2 - الاختيار هو: ترجيح فعل الشيء على تركه أو العكس، سواء كان ذلك عن رغبة في التعاقد، أم لم يكن. نفس المرجع، نفس الصفحة.

3 - ابن نجيم، البحر الرائق، ج8، ص/ 79.

4 - الإرادة في الفقه الإسلامي تتكون من عنصرين هما: الاختيار والرضا، فإذا انعدمت الإرادة انعدم العنصران معا، وإذا فسدت فإن عنصر الرضا منعدم، ويبقى عنصر الاختيار فاسدا في الإكراه الملجئ، وصححا في الإكراه غير الملجئ. د/ عبد الرزاق السنهوري، مرجع سابق، ج2، ص/ 187.

5 - الإمام الشافعي، مرجع سابق، ج3، ص/ 240. محمد بن أحمد (شمس الأئمة السرخسي)، المبسوط، دار المعرفة- بيروت، ط: 1414هـ- 1993م، ج24، ص/ 39.

6 - يعتبر الملكية التهديد الذي يقع على أقرباء المكره، كالتهديد الذي يقع على نفسه فرتبوا عليه أحكام الإكراه، أما غيرهم فيشترطون أن يكون التهديد متوجه إلى نفس المكره، وبهذا يكون المذهب المالكي أكثر المذاهب الفقهية توسعا في الاعتراف بالإكراه. الخطاب، مرجع سابق، ج4، ص/ 251.

7 - ذكرت فيما سبق أن شرط الاختيار أو الطوعية؛ هو شرط نفاذ عند الحنفية، وشرط لزوم عند المالكية، وشرط صحة عند الشافعية والحنابلة.

فيكون العقد موقوفاً أو فاسداً عند الحنفية، وغير لازم عند المالكية، وباطلاً عند الشافعية والحنابلة. أما التصرفات التي صدرت عنه بعد خروجه من حالة الذعر، فلا يسري عليها حكم الإكراه؛ أي أن العقد يكون لازماً.

ج/ أن يكون المكره قادراً على إيقاع ما هدد به، لأنه إذا لم يكن قادراً على تنفيذ ما توعد به لم يكن لتهديده أي معنى، فهو لا يبعث في نفس المكره أية رهبة.

ثانياً/ دور حماية الثقة في دفع التنازع الناتج عن الإكراه: إذا اجتمعت الأمور السابقة الذكر في التهديد الذي يقع على المكره؛ فإنه يعيب إرادته، على خلاف بين المذاهب في حكم العقد، حيث شدد الشافعية والحنابلة، فحكموا ببطلان العقد. وهذا يدل على اهتمامهم باحترام الإرادة الحقيقية للعاقدين الذي وقع عليه الإكراه، والتضحية في سبيله باستقرار التعامل.

أما الحنفية الذين حكموا على العقد بالفساد أو التوقف، فقد خففوا من الجزاء الذي رتبته المذاهبان السابقان على الإكراه، لكن مع التمسك بنبذ الإكراه، فإن حكموا على العقد بالصحة، جعلوه موقوفاً على إجازة المكره بعد زوال الإكراه، وإلا كان العقد فاسداً. ليجدوا بذلك سبيلاً إلى إحداث نوع من التوفيق بين احترام الإرادة الحقيقية؛ الذي هو المعتبر أساساً في هذا المقام، والحفاظ على استقرار التعامل الذي يحقق مصلحة جديدة بالرعاية.

أما المالكية الذين ساووا جزاء الإكراه مع جزاء عيوب الإرادة الأخرى فحكموا بعدم لزوم العقد؛ أي ثبوت الخيار للعاقدين الذي وقع عليه الإكراه، فبحكمهم هذا توصلوا إلى التوفيق بيسر بين احترام الإرادة الحقيقية للعاقدين الذي وقع عليه الإكراه، والحفاظ على استقرار التعامل، لأن تخيير المكره بعد خروجه من حالة الرهبة كفيل بضمان حقه، وفيه حماية لثقتهم، لانتهاء الضرر عنه بنبوت الخيار له .

المطلب الثاني: مسلك الفقه الإسلامي في التوفيق بين عاملي احترام الإرادة الحقيقية واستقرار التعامل

بعد الوقوف على الأحكام الشرعية التي رتبها الفقهاء على عيوب الإرادة الطارئة على العقود، سأبين مسلك الفقه الإسلامي في دفع التعارض بين عاملي احترام الإرادة الحقيقية للعاقدين، وبين الحفاظ على استقرار التعامل، وذلك باستثمار تلك الأحكام.

سأتحدث في هذا المطلب عن نظرة الفقه الإسلامي إلى هذين العاملين وأبين ترتيبه لعيوب الإرادة، ثم أبين وجهته في التوفيق بين العاملين.

الفرع الأول: نظرة الفقه الإسلامي إلى العاملين وترتيبه لعيوب الإرادة

للفقه الإسلامي موقف متزن اتجاه التعارض بين عاملي احترام الإرادة الحقيقية، واستقرار التعامل، ولبيان هذا الموقف سأبين في هذا الفرع نظرة الفقه الإسلامي إلى العاملين، وترتيبه لعيوب الإرادة.

البند الأول: نظرة الفقه الإسلامي إلى العاملين

يبني العقد في الفقه الإسلامي على أساس الصيغة الدالة على تراضي العاقدين على إحداث تصرف ما، وهذا الرضا منهما أصله إرادتان نابعتان من نفسيهما، دفعت كل واحدة منهما صاحبها إلى إبرام العقد هذا من جهة.

ومن جهة أخرى قصد الشارع بتشريع المعاملات المالية تحقيق مصالح الناس في معاشهم، وأول مصلحة يرجون تحقيقها في ميدان التعامل؛ هي أن تكون نتائج معاملاتهم موافقة للإرادة التي دفعتمهم إلى التعاقد.

ومن هذين المنطلقين يتقرر قصد الشارع إلى احترام الإرادة الحقيقية للعاقدين، كأصل ثابت في جميع أنواع المعاملات المالية.

ولما كانت المعاملات المالية: هي مجموع النشاطات التي تنظم التعامل المالي بين الأفراد، بجميع صورته وأشكاله، فإن هذا الدور لا يتحقق إلا بضبط نتائجها، ليرتب عليه استقرارها وثباتها وإبعادها عن الاضطراب والزعزعة. مما يدل على أن الحفاظ على استقرار التعامل محل رعاية الشارع وعنايته.

وبتقرير الشارع لمبدئي "احترام الإرادة الحقيقية للعاقدين"، "واستقرار التعامل بين الأفراد" يتضح التوافق التام بينهما، لأن رعاية كل واحد منهما تقتضي الآخر، وهذا هو الأصل في التعامل.

البند الثاني: ترتيب الفقه الإسلامي لعيوب الإرادة

قد تعترى المعاملات المالية بعض الشوائب، تؤدي بشكل أو بآخر إلى الإخلال بها⁽¹⁾، وبطبيعة الحال يكون لها تأثير على حكم العقد. والفقه الإسلامي بنزعه الموضوعية يهتم بالأمر الظاهرة التي تعترى المعاملات المالية، وبمقتضى هذه الموضوعية نجد يرتب عيوب الإرادة على النحو التالي: الإكراه، ثم التدليس، ثم الغلط.

فالإكراه أكثر هذه العيوب موضوعية⁽²⁾؛ لأن الإرادة في حالة وجوده تكون ناتجة عن رهبة لها سبب مادي، فهو أكثر العيوب وضوحاً واتصالاً بالواقع من جهة، ومن جهة أخرى يجتمع في حالة وجوده أمران لهما أثر على حكم العقد، هما: التصرف غير المشروع، وفساد الإرادة.

1 - كلامنا في هذا الموضوع خاص بحالة وجود إرادة معيبة؛ أي صادر من شخص كامل الأهلية لكن لحق بها أحد عيوب الإرادة، وهذا يختلف عن حالة الإرادة المنعدمة؛ التي هي مجرد مظهر خارجي لإرادة مموهة لا حقيقة لها؛ كالتى تصدر من المجنون أو الصبي غير المميز. د/ عبد الرزاق السنهوري، مرجع سابق، ج2، ص/ 79.

2 - نفس المرجع، ج2، ص/ 183.

ويليه التدليس، وهو أقل موضوعية من الإكراه⁽¹⁾، فهو وهم استقر في نفس العاقد وكان هو الدافع إلى التعاقد، لكن السبب في حدوثه هو ممارسة طرق احتيالية لها اتصال بالواقع. ويأتي الغلط في المرتبة الأخيرة، فهو أقل عيوب الإرادة موضوعية وأشدّها ذاتية⁽²⁾؛ لأنه وهم يقوم في نفس العاقد، فهو في الأساس أمر خفي، وهذا الخفاء يجعله غير منضبط. بينما يعتد الفقه الإسلامي بالأمور الظاهرة المنضبطة، ويرتب الأحكام عليها.

الفرع الثاني: وجهة الفقه الإسلامي في التوفيق بين العاملين

يوازن الفقه الإسلامي في ميدان التعامل المالي بين جوانب ثلاثة جديرة بالعناية، وهي: احترام إرادة العاقدين الحقيقية، والإرادة الظاهرة الدالة على هاتين الإرادتين، واستقرار التعامل. فالأصل الأول المعتبر في التعامل هو الإرادة التي دفعت العاقدين إلى إنشاء العقد، لكن لما كانت هذه الإرادة خفية ومستترة في خبايا النفس، نصب الشارع الوصف الظاهر المنضبط، المتمثل في الإرادة الظاهرة- الصيغة الدالة على إرادة التعاقد- أمانة وعلامة للدلالة عليها، ليتسنى له الكشف عنها وربطها بالواقع، ومن ثمة يضبطها ليرتب الحكم عليها.

وبمقتضى هذا الربط بين الإرادة الباطنة، والإرادة الظاهرة، وبقصد ضبط سبب الحكم، أعطى الشارع للإرادة الظاهرة الأولوية في الاعتبار. وهذا الأمر يتطابق تماما مع ضبط مناط الحكم في مبحث القياس، وذلك بالعدول عن الحكمة الخفية للحكم، وربطه بوصف ظاهر منضبط صالح لترتيب الحكم عليه.

وبهذا تصبح الإرادة الظاهرة الأساس الدال على قصد التعاقد، ولا يعدل عنها إلا لسبب معتبر شرعا.

وأشير هنا إلى أن الإرادة الظاهرة متوافقة مع استقرار التعامل، فلا يوجد تعارض بينهما، لأن احترام الإرادة الظاهرة يقتضي الحفاظ على استقرار التعامل، والعكس صحيح، حتى في حالة طرء عيب على الإرادة الحقيقية.

بعد معرفة المكانة الحقيقية للإرادة الباطنة في الفقه الإسلامي، والتوافق بين الإرادة الظاهرة وبين استقرار التعامل، سأوضح فيما يأتي الطريق الذي سلكه الفقه الإسلامي لدفع التعارض الظاهر بين احترام الإرادة الحقيقية، واستقرار التعامل.

¹ - د/ عبد الرزاق السنهوري، ج2، ص/149.

² - نفس المرجع، ج2، ص/104.

إذا شاب الإرادة الباطنة عيب فسدت، وهذا الفساد ينتج عنه حدوث اختلال بينها وبين الإرادة الظاهرة، يتمثل في عدم دلالة الإرادة الظاهرة على الإرادة الخفية الباطنة، فينتفي التوافق بينهما، وهذا هو سبب ظهور التعارض بين احترام الإرادة الحقيقية واستقرار التعامل، حيث يؤدي احترام الإرادة الحقيقية إلى التضحية باستقرار التعامل، والحفاظ على استقرار التعامل يؤدي إلى التضحية باحترام الإرادة الحقيقية وبالنظر في أحكام عيوب الإرادة السابقة الذكر في المطلب الثاني من هذا المبحث، يتبين بشكل واضح أن الفقه الإسلامي بنزخته الموضوعية، يعتد بالأمر الموضوعية المتمثلة في استقرار التعامل بين الأفراد، وهو في الآن نفسه لا يتجرد عن الذاتية تمام التجرد، بل يحافظ على القدر الذي يتيح له تحقيق التوازن والعدالة بين الأطراف المتعاقدة؛ لأن تجاهل مكانة الإرادة الحقيقية كلية في تقرير حكم العقد، يؤدي في نهاية المطاف إلى العدول عن المقاصد الشرعية للعقود، فنجدد يهتم بإرادة العاقد الذي عيبت إرادته فيمنحه حق الخيار في إجازة العقد أو فسخه، لكن هذا الاعتبار ليس على إطلاقه، بل هو مقيد بالشروط التالية:

البند الأول: أن تكون هذه الإرادة المعيبة واضحة بالقدر الذي يجعلها أكثر اتصالاً بالواقع- أي تكون على قدر من الموضوعية رغم ذاتيتها-، كما في حالة الغلط الذي يعد أقل عيوب الإرادة ظهوراً ووضوحاً. فلا يعتد الفقه الإسلامي إلا بما كان واضحاً منه بأي شكل من أشكال الوضوح، فيكون العقد غير لازم عند أغلب الفقهاء- إذا كان الغلط في ذات المبيع يرتب عليه الحنفية بطلان العقد، فهم يعتبرون الخل واقع في جوهر العقد لا في وصفه، وبهذا الحكم يخالفون الجمهور الذين يتمسكون بعدم لزوم العقد من جهة العاقد الذي عيبت إرادته-، وهذا الوضوح مبرر يجعل احترام إرادة العاقد المتضرر جدير بالاعتبار في المقام الأول، حتى لو أدى إلى عدم استقرار التعامل.

أما في حالة عدم وضوح الغلط- كونه أمراً ذاتياً، ولا صلة له بالموضوعية-، يعتبره الفقه الإسلامي لاغياً ولا يعتد به، فيبقى العقد على أصل لزومه، بهذا الحكم يتجاهل الشارع إرادة العاقد المتضرر، لعدم وجود مبرر قوي للاعتداد بها، ليحافظ بذلك على استقرار التعامل الذي يوافق القدر المتيقن منه- الإرادة الظاهرة-.

البند الثاني: أن يكون للعاقد الآخر صلة بوقوع العيب الذي لحق بإرادة الذي تعاقده معه، كأن يكون هو المتسبب في وقوعه كما هو الحال في التدليس بالعيوب، أو أن يكون على علم به، أو يستطيع أن يعلم به كما في الغلط، فإذا ثبت وجود هذه الصلة فإن الفقه الإسلامي يعتد بالعيوب، ويعنى باحترام إرادة العاقد المتضرر، وهذا لا يخل باستقرار التعامل، لأن العاقد الآخر علم بما لحق بصاحبه، أو كان في استطاعته أن يعلم، والتقصير في هذه الحالة حاصل منه، فيكون الضرر الناتج عن العيب واقع عليه.

البند الثالث: أن يكون العاقد الذي عيبت إرادته معذورا في إبرام العقد على هذا النحو، لعدم تقصيره في تقصي جميع ما يتعلق بالمعقود عليه من أوصاف وأسعار، فالجهل والغباء لا يعيرهما الفقه الإسلامي أي اعتبار في ميدان التعامل المالي المبني على المكايسة، لأنه حدد لمن اتصف بهاتين الصفتين مجال خاص للتعامل، ضبطه على أساس الصدق، والأمانة ضمانا لحقوقهم.

فإذا استقصى المشتري أوصاف المبيع، لكنه انخدع بما صدر من المشتري من تدليس، واحتيال، فإن الفقه الإسلامي يكفل احترام إرادته، فيمنحه الخيار في إمضاء العقد، أو فسخه، وهذا الحكم لا ضير فيه على استقرار التعامل، لاتصال العيب بالعاقد الآخر من جهة، ولكون العاقد المتضرر معذورا شرعا من جهة أخرى.

البند الرابع: بالغ الفقه الإسلامي في الاعتداد بالإكراه الملجئ، فساوى بين صدوره من العاقد الآخر وبين صدوره من غيره، وبين وقوعه على العاقد نفسه، وبين وقوعه على من هم بمثابة نفسه من أهل وأقارب، ونتج عن هذه المبالغة تشديد الشافعية والحنابلة في حكمه، فجعلوا العقد باطلا، أما الحنفية فترددوا بين الحكم بتوقف العقد وبين الحكم بفساده، لكن هذه المبالغة لم تمنع المالكية من اعتبار الإكراه كباقي عيوب الإرادة، فوقفوا عند حد عدم لزوم العقد للعاقد الذي عيبت إرادته. وفي هذا الحكم ضمانا كافيا لحق العاقد المكره.

وبهذه الأحكام التي قررها الفقهاء في حالة الإكراه، يتبين انتفاء التعارض بين احترام الإرادة الحقيقية للعاقد الذي عيبت إرادته، واستقرار التعامل؛ لأن المعاملة انطوت على أمرين جديرين بالاعتبار هما: التصرف غير المشروع، وفساد الإرادة، والتعامل لا يستقر، ولا ينضبط مع وجود هذين الأمرين. وفي ختام هذا الفرع، أخلص إلى أن الفقه الإسلامي وقف ما بين عاملي "احترام الإرادة الباطنة" و"استقرار التعامل" موقفا معتدلا ومتوازنا، فحيثما اتصفت الإرادة الحقيقية بالموضوعية، وأولها الاعتبار الأول حماية ثقة العاقد الذي عيبت إرادته، وضمنا لحقه بحل العقد من جهته، وليس في هذا إخلال باستقرار التعامل، فهما على نفس القدر من الموضوعية، مما يستوجب النظر إليها كأساس معتبر في التعاقد.

لكن في حالة اتصاف الإرادة الحقيقية بالذاتية، يعدل الفقه الإسلامي عنها ليعتد بالإرادة الظاهرة، حرصا منه على الحفاظ على استقرار التعامل لاتصافه بالموضوعية، وبهذا يحمي ثقة العاقد الآخر الذي بُني العقد من جهته على أساس الإرادة الظاهرة. فيكون في الحكم بلزوم العقد تحقيقا للمصلحة التي قصد إلى تحصيلها من وراء العقد.

المبحث الثاني: حماية الثقة في نطاق الملكية الظاهرة

تبنى المعاملات في الفقه الإسلامي على أساس الأمور الظاهرة فيما يخص حال العاقدين، والمعقود عليه، فلا يجب على العاقد أن يبحث عن حال من تعاقد معه، ليعرف إن كان يتصرف لحسابه، أم لحساب غيره. كما لا يجب عليه أيضا أن ينقب عن الطريقة التي وصل بها المعقود عليه إلى يده، بل يكتفي بالوضع الظاهر من جميع هذه الأمور، فهو كافٍ لترتب حكم العقد بقصد التيسير، ورفع الحرج عن الناس.

لكن في أحيان كثيرة يتبين بعد تمام العقد أن هذا الوضع الظاهر غير حقيقي. وفي هذا المبحث سأبين الكيفية التي حمى بها الفقه الإسلامي ثقة الأفراد الذين يتعاقدون بمقتضى الظاهر من أحوال العاقد، والمعقود عليه. وسأخص بالدراسة: نطاق الوكالة، ونطاق الفضالة، ونطاق الاستحقاق بالغصب.

المطلب الأول: حماية الثقة في نطاق الوكالة

أقر الشارع عقد الوكالة للتيسير على من تعذر عليه تحصيل مصالحه بأن رخص له في إنابة غيره ليقوم بأعبائها بدلا عنه، وبمقتضى هذا الإقرار يتصرف الوكيل في محل الوكالة كما لو كان متصرفا فيما يملك. فما هي الضمانات التي قررها الشارع لحماية ثقة من تعاقد مع الوكيل الذي لم يصرح بوكالته عن الغير؟ وفي هذا المطلب سأبين معناها وأنواعها، وأبين قصد الشارع إلى رعاية ثقة المتعاقد مع الوكيل من خلال صرف حقوق العقد إليه، كما سأبين الحماية التي قررها الشارع له في حالتي: تصرف الوكيل مجاوزا حدود الوكالة، وتصرفه بعد فسخ الوكالة.

الفرع الأول: معنى الوكالة وأنواعها

سأبين في هذا الفرع معنى الوكالة، ثم أذكر أنواعها.

البند الأول: معنى الوكالة

يتضح معنى الوكالة ببيان تعريفها اللغوي، والاصطلاحي:

أولا/ تعريف الوكالة لغة: الوكالة من الفعل وكَّل، بمعنى فَوَّض⁽¹⁾. والوكَّالة: أن يعهد شخص إلى غيره بعمل من الأعمال⁽²⁾.

ومنه يكون معنى الوكالة في اللغة: التفويض والإنابة.

ثانيا/ تعريف الوكالة اصطلاحا: عرف صاحب التاج والإكليل لمختصر خليل⁽³⁾ الوكالة بأنها: إقامة الإنسان لغيره مقام نفسه، وذلك بتمكينه من التصرف في بعض شؤونه.

1 - الفراهيدي، مرجع سابق، ج5، ص/ 405.

2 - د/ أحمد مختار عمر، مرجع سابق، ج3، ص/ 2490.

3 - المواق المالكي، مرجع سابق، ج7، ص/ 161.

البند الثاني: أنواع الوكالة

التوكيل باعتبار المجال المحدد له نوعان هما⁽¹⁾:

أولاً/ النوع الأول: توكيل عام؛ وهو تفويض عام يدخل تحته جميع ما تصح فيه النيابة من الأمور المالية، إلا ما يستثنيه المفوض من الأشياء.

وهذا النوع من التوكيل محل خلاف بين الفقهاء، أجازته الحنفية⁽²⁾، والمالكية⁽³⁾، والحنابلة⁽⁴⁾، ومنعه الشافعية⁽⁵⁾ بحجة كثرة الغرور فيه.

ثانياً/ النوع الثاني: توكيل خاص يختص بما جعل الموكل للوكيل من قبض، أو بيع، أو خصام، أو غير ذلك. وهذا النوع محل اتفاق بين الفقهاء.

الفرع الثاني: حماية الثقة بإثبات حقوق العقد للوكيل

اتفق الفقهاء⁽⁶⁾ على أن الوكيل يجوز له إضافة العقد إلى نفسه، وإن كان قصده التصرف لصالح موكله، ويستوي في ذلك البيع، والشراء، والإيجار، والاستئجار، وغيرها من عقود المعاوضات.

كما أجمعوا على أن حكم العقد-ثبوت الملك- ينصرف إلى الموكل، وتصرف الوكيل لازم له وثابت في ذمته، فيما كان على الوجه المحدد للوكالة. كما اتفقوا على أنه إذا أضاف الوكيل العقد إلى موكله، يجوز للعائد الآخر مطالبة الموكل، والرجوع عليه بحقوق العقد؛ لأن الوكيل في هذه الحالة يكون سفيرا أو رسولا للموكل، فلا يتبعه أي حق من حقوق العقد. وجميع هذه الأمور ثابتة بمقتضى عقد الوكالة أصالة.

البند الأول: خلاف الفقهاء في حكم إضافة الوكيل العقد إلى نفسه

إذا أضاف الوكيل العقد إلى نفسه، والذي تعاقد معه لا يعلم بوجود الوكالة، فمن حقه أن يعتقد أنه يتعامل مع أصيل لا مع وكيل، فأبرم العقد معه معتمدا على ملاءته⁽¹⁾ - تمام رضاه بالعقد راجع أساسا

1 - ابن جزري، مرجع سابق، ص/ 215، 216.

2 - محمد بن فرامرز بن علي (ملا خسرو)، درر الحكام شرح غرر الأحكام، دار إحياء الكتب العربية، (بدون طبعة)، ج2، ص/ 282.

3 - ابن جزري، مرجع سابق، ص/ 215.

4 - مصطفى بن سعد بن عبده، مطالب أولي النهى في شرح غاية المنتهى، ج3، ص/ 444.

5 - زين الدين أحمد بن عبد العزيز (المعبري)، فتح المعين بشرح قرّة العين بمهمات الدين، دار ابن حزم، ط1، (بدون تاريخ الطبع)، ص/ 361.

6 - أفاض فقهاء المذاهب الأربعة الكلام في أحكام عقد الوكالة، وفيما يتفرع عنه من المسائل، أذكر منهم في هذا الموضوع: ابن نجيم، البحر الرائق، ج7، ص/ 147. الدسوقي، مرجع سابق، ج3، ص/ 388. إمام الحرميين الجويني، نهاية المطلب في دراية المذهب، ج12، ص/ 116. البهوتي، مرجع سابق، ج3، ص/ 473.

إلى حال هذا العاقد - فإن الفقهاء قد اختلفوا في تعيين من تتصرف إليه حقوق العقد⁽²⁾ على رأيين هما: أولاً/ الرأي الأول: ذهب الحنفية⁽³⁾، والمالكية⁽⁴⁾ إلى أن حقوق العقد ثابتة للوكيل، وصرفها إليه على وجه الإلزام. فيكون لمن تعاقد مع وكيل يجهل وكالته عن غيره، الرجوع عليه، ومطالبته بالثمن، أو المبيع، كما يتعين له الحق في مخصصته في العيوب إن وجدت، لأنه هو الذي باشر العقد حقيقة فيتحمل أعباء حقوقه.

ثانياً/ الرأي الثاني: ذهب الشافعية⁽⁵⁾، والحنابلة⁽⁶⁾ إلى أن حقوق العقد تابعة لحكمه، فمن ثبت له الحكم ثبت له الحق في متابعة ما يتعلق بالعقد، ولا ينصرف من تلك الحقوق إلى الوكيل إلا ما استلزمه إبرام العقد كالتقاضي في المجلس في العقود التي يتطرق إليها الربا. أما غير ذلك من الحقوق فلا تصرف إليه إلا بإذن الموكل.

البند الثاني: الحكم الذي تقتضيه حماية الثقة في حالة إضافة الوكيل العقد إلى نفسه

والذي يعنينا في هذا الموضوع هو الرأي الذي يثبت حقوق العقد للوكيل - رأي الحنفية والمالكية-؛ لأنه يوفر حماية كافية لحقوق العاقد الآخر، وهذه الأخيرة ترتبط تمام الارتباط بحماية ثقة هذا العاقد الذي لم يصدر منه أي تقصير.

والمسوغ الشرعي لتقرير هذه الحماية أمران⁽⁷⁾ أحدهما فني، والآخر عملي:

1 - الملاءة في اللغة هي الغنى، والمليء هو الشخص الذي عنده مال تؤدي منه الحقوق. الفراهيدي، مرجع سابق، ج8، ص/ 347.

2 - يقصد بحقوق العقد: المطالبات، والالتزامات التي تنشأ من العقد لتثبيت حكمه، وتأكيد، وتقويته. د/ عبد الرزاق السنهوري، مرجع سابق، ج5، ص/ 189، 190. وبمعنى آخر: هي الوقوف على متابعة الأمور المتعلقة بالعقد؛ كالحق في المطالبة بالثمن، تسليم المبيع، الخصومة في العيب والاستحقاق، المطالبة بضمان هلاك المبيع،... وغيرها.

3 - الكاساني، مرجع سابق، ج6، ص/ 33.

4 - الخرشي، مرجع سابق، ج6، ص/ 76.

5 - شمس الدين محمد بن أحمد (الخطيب الشرييني)، مغني المحتاج إلى معرفة معاني ألفاظ المنهاج، دار الكتب العلمية، ط: 1415هـ - 1994م، ج3، ص/ 245.

6 - موفق الدين ابن قدامة المقدسي، المغني، ج5، ص/ 73.

7 - د/ عبد الرزاق السنهوري، مرجع سابق، ج5، ص/ 23 - 231.

أولاً/ الأمر الفني : الوكيل هو الذي تولى إبرام العقد حقيقة، فالعقد تم بعبارة، وهو الذي باشر العقد، وعاین المعقود عليه، فلزم أن ترجع إليه الأمور المنبثقة عن العقد، ولأنه لولا وجود الوكالة، لكان ينبغي أن يصرف الحكم، والحقوق إليه جميعاً، لكن لوجود الضرورة التي شرعت الوكالة لدفعها، وحفاظاً على قصد الشارع منها أثبت الحكم للموكل، وأبقى على حقوق العقد للوكيل.

ثانياً/ الأمر العملي: أن الشخص تعامل مع وكيل أضاف العقد إلى نفسه، فظهر أنه أصيل لا وكيل، وهذا الشخص اطمأن إلى التعامل معه على هذا الوصف⁽¹⁾، فاعتقد أن الوكيل يعمل لحسابه الشخصي وكان تعامله معه على هذا الاعتبار، فربما كان الموكل معسراً، أو مماتلاً، أو لا يرغب المتعاقد الآخر في التعامل معه، فأضاف الوكيل العقد إلى نفسه، وأبعد الموكل عن ساحة العقد، ليكون بمثابة كفيل له، فاطمأن المتعاقد معه إلى هذا الوضع.

وحقوق العقد هي الأمر الذي يعني المتعاقد مع الوكيل، فهي التي تكفل له الضمان الكافي. وهذا ينتج عنه استقرار التعامل بهذه العقود، فلزم أن تثبت للوكيل حماية لثقة من تعامل معه، وكفالة لحقه في متابعتها في حالة النزاع أو الخصومة.

الفرع الثالث: حماية الثقة في حالة تجاوز الوكيل حدود الوكالة

الأصل في عقد الوكالة أن يرسم الموكل حدوداً يسمح لوكيله التصرف داخلها؛ كأن يعين له المبيع، أو الثمن، أو يعينهما جميعاً، أو أن يفوضه، ويطلق له التصرف في ماله، أو شؤونه. فإن كانت تصرفاته على النحو المحدد في الوكالة، ثبتت في ذمة الموكل ولزمته باتفاق الفقهاء. لكن إذا تجاوز الوكيل الحدود المرسومة للوكالة. ما هو الحكم المقرر لهذا العقد في الفقه الإسلامي؟، وكيف يحمي الشارع الموكل، والمتعاقد مع الوكيل في هذه الحالة؟.

البند الأول: خلاف الفقهاء في تصرف الوكيل المجاوز لحدود الوكالة

اختلف الفقهاء حول حكم تصرف الوكيل الواقع على هذا النحو بين مخفف، ومشدد على رأيين: **أولاً/ الرأي الأول:** ذهب الحنفية⁽²⁾ والمالكية⁽³⁾ إلى أن تجاوز الوكيل الحد المأذون فيه، إما أن يكون في البيع، أو أن يكون في الشراء، ففي بيع الوكيل ملك موكله على وجه لم يأذن له فيه، يقع العقد موقوفاً على إجازة الموكل، فإن أجازه نفذ في حقه، وإن رده فسخ.

1 - الكمال ابن همام، مرجع سابق، ج8، ص/ 15.

2 - الكاساني، مرجع سابق، ج6، ص/ 96.

3 - القرافي، الذخيرة، ج8، ص/ 15.

أما في حالة شراء الوكيل لشيء لم يأذن فيه الموكل - كأن يخالف أمره في نفس الشيء أو صفته أو ثمنه - فإن العقد يلزم الوكيل إذا لم يرض به الموكل.

وعلّلوا هذين الحكمين بأن الوكيل متهم بسبب تجاوزه، ففي حالة الشراء يملك الشراء لنفسه كما يملكه لموكله، فأمكن تنفيذه عليه، فجعلوا العقد لازم للوكيل. أما في حالة البيع فهو مُخرج لملك موكله بغير رضاه، ولا سبيل له إلى ذلك إلا رضاه، فجعلوا العقد موقوفاً على إجازته.

ثانياً/ الرأي الثاني: فصل الشافعية⁽¹⁾، والحنابلة⁽²⁾ حكم تجاوز الوكيل حدود الوكالة على النحو التالي:

1/ إذا باع الوكيل ملك الموكل على وجه لم يأذن له فيه، فإن العقد يقع باطلاً؛ لأن الموكل لم يرض بخروج ملكه على هذا الوجه.

2/ إذا اشترى الوكيل لموكله ما لم يأذن له فيه بعين ماله، فإن العقد باطل أيضاً؛ لأن التصرف في عين المال مرده إلى التصرف في الملك فقاسوه عليه.

3/ إذا اشترى الوكيل لموكله ما لم يأذن له فيه بثمن في الذمة، فالشراء صحيح، لأنه اشترى بثمن في ذمته، وليس في ذلك تعدّ على غيره، لكنه ينفذ على الوكيل لا على موكله؛ لأن الخطاب وقع منه - الصيغة -، وإنما ينصرف بالنية إلى موكله إذا كان موافقاً لإذنه، فلما خالف أمره لغت نيته وصرف العقد إليه.

البند الثاني: الحكم الذي تقتضيه حماية الثقة في حالة تجاوز الوكيل حدود الوكالة

لا شك أن الشارع لا يقر نوعاً من أنواع العقود، ويترك فيه منفذاً للإخلال بالمقاصد التي شرع لأجل تحقيقها. ومن هذا المنطلق ألاحظ في هذه الصورة وجود طرفين متضررين بسبب هذا التجاوز من الوكيل هما: "الموكل" الذي رسم حداً لتصرف الوكيل، فيكون في إلزامه بتصرف الوكيل الذي تعدى فيه حدود الوكالة إضراراً به. و"المتعاقدين مع الوكيل" الذي افترضنا جهله بوجود الوكالة، فمن حقه أن يستقر عقده ليحصل نتائجه.

وحق هذين الطرفين مكفول بالرأي الأول، لما يحققه من توازن بينهما دون إفراط أو تفريط، ففي الحكم على العقد بالتوقف في حالة البيع، حماية لثقة الموكل الذي قد يتضرر بإخراج ملكه من يده على وجه لا يرضاه، فهو جدير بالحماية، ولتدراك حق العاقد الآخر جعلوا العقد موقوفاً على إجازة الموكل، بدلاً عن إبطاله كلية، ليكون فيه مجال للإمضاء.

¹ - الخطيب الشربيني، مرجع سابق، ج3، ص/ 253.

² - موفق الدين ابن قدامة المقدسي، المغني، ج4، ص/ 154.

أما في حالة الشراء، فيحمي الشارع الموكل برفع الضرر عنه، من خلال منحه الخيار في إجازة العقد أو رده، لينفذ في حالة رده في حق الوكيل، وهذا الحكم يحمي ثقة المتعاقد مع الوكيل من الجهة الأخرى؛ لأنه يقتضي استقرار عقده وثبات نتائجه.

الفرع الرابع: حماية الثقة في حالة تصرف الوكيل بعد انتهاء الوكالة

لبيان الحماية التي يكفلها الشارع في حالة تصرف الوكيل بعد انتهاء الوكالة، سأذكر في هذا الفرع الأمور التي تفسخ بها الوكالة، ثم أبين الحكم الذي تقتضيه حماية الثقة في هذه الحالة.

البند الأول: الأمور التي تفسخ بها الوكالة

تتقضي الوكالة بإتمام الوكيل للعمل الذي أسند إليه، وتفسخ قبل تمامها بأحد أمرين:

أولاً/ عزل الموكل للوكيل أو عزل الوكيل لنفسه: ويتحقق عزل الموكل للوكيل بقيام الموكل بالأمر الذي تم فيه التوكيل بدلا عن الوكيل، أو بمنعه منه، كما يجوز للوكيل أن يعزل نفسه لتبرا ذمته من محل الوكالة باتفاق الفقهاء. لكن اختلفوا صحة العزل إذا لم يعلم به الوكيل على قولين.

1/ القول الأول: هو للحنفية⁽¹⁾، والمالكية⁽²⁾ في قول، وأحمد⁽³⁾ في إحدى الروايتين عنه، ووجهة هؤلاء هي اشتراط علم الوكيل بعزل الموكل إياه، وتصرفاته في محل الوكالة قبل علمه لازمة للموكل، أي أن تصرفات الوكيل منصرفة إلى الموكل في حالة وقوع التصرف على الوجه المأذون فيه، وفي هذا الحكم حماية لثقة الوكيل الذي نوى بالعقد تحقيق مصلحة الموكل بإذنه.

2/ القول الثاني: وهو للمالكية في القول الثاني، والشافعية⁽⁴⁾، وأحمد في الرواية الثانية عنه، ووجهتهم عدم اشتراط علم الوكيل بعزل الموكل إياه، أو علم الموكل بعزل الوكيل لنفسه لصحة العزل؛ لأن الوكالة عقد غير لازم من الجانبين، فيجوز لكلا الطرفين فسخه. ومتى تصرف الوكيل ثم علم أنه وقع بعد عزله، فتصرفه باطل؛ لأن العزل هنا رفع لحكم عقد لا يفتقر إلى رضا صاحبه، فلا يفتقر إلى علمه.

ثانيا/ موت الموكل: إذا تصرف الوكيل لصالح الموكل قبل علمه بموته فلفقهاء⁽⁵⁾ في حكم هذا التصرف رأيان:

1 - الكاساني، مرجع سابق، ج6، ص/ 38.

2 - الخرشي، مرجع سابق، ج6، ص/ 86.

3 - شمس الدين محمد بن أبي العباس (الرملي)، نهاية المحتاج إلى شرح المنهاج، دار الفكر - بيروت، ط: 1404هـ - 1984م، ج5، ص/ 52، 53.

4 - موفق الدين ابن قدامة المقدسي، المغني، ج5، ص/ 88، 89.

5 - أقوال الفقهاء في حكم تصرف الوكيل بعد موت موكله، مأخوذة من الكتب السابقة الذكر في عزل الوكيل.

1/ الرأي الأول: ذهب الحنفية، والمالكية في قول، والشافعية، وأحمد في إحدى الروايتين عنه، إلى أن عقد الوكالة يفسخ بمجرد موت الموكل، سواء علم الوكيل بموته أو لم يعلم، وتصرفاته تقع باطلة. وحجتهم في هذا القول هي أن التوكيل كان بأمر الموكل، وقد بطلت أهلية الأمر بالموت، فتبطل الوكالة تبعاً لبطلانها، بغض النظر عن علم الوكيل.

2/ الرأي الثاني: ذهب المالكية في القول الثاني، وأحمد في الرواية الثانية عنه، إلى اشتراط علم الوكيل بموت موكله لصحة عزله. وعليه، فإن تصرفاته التي وقعت قبل علمه، تنفذ في مال الموكل الميت. وحجتهم في هذا الحكم، هي رفع الضرر عن الوكيل الذي أبرم العقد في الحدود الشرعية.

البند الثاني: الحكم الذي تقتضيه حماية الثقة في تصرف الوكيل بعد فسخ الوكالة

يتبين من آراء الفقهاء في حكم تصرف الوكيل بعد فسخ عقد الوكالة، أن الطرف الجدير بالحماية في هذه الحالة، هو العاقد الذي تعامل مع وكيل أبرم العقد بمقتضى إذن موكله، وتصرفه هذا وقع على الوجه الشرعي، وهو معذور لجهله بموت موكله أو عزله إياه. فمن حق هذا الذي تعاقد معه على هذا الوضع أن يستقر عقده وتثبت نتائجه، وحماية ثقته تقتضي الحكم بصحة تصرف الوكيل في محل الوكالة، قبل علمه بموت موكله، أو عزله إياه، لأن في الحكم ببطلان تصرف الوكيل إضراراً بهذا العاقد.

المطلب الثاني: حماية الثقة في نطاق الفضالة

الأصل في تعامل الفرد في الميدان الاقتصادي أن يكون أصالة عن نفسه، أي أن يكون مالكا للمحل الذي يتعامل فيه، سواء أكان عيناً أم ثمناً. كما رخص له الشارع في أن ينيب غيره ليحل محله في التصرف فيه.

لكن في بعض الأحيان قد يتصرف البعض في ملك الغير ابتداءً، وبدون مسوغ شرعي يبرر هذا التصرف، وهذا الأخير يسمى بالفضولي.

ولتحديد النطاق الذي يعنينا من تصرفات الفضولي، أكد على ما قد افترضته في بداية هذا المبحث؛ وهو كون المتعامل مع هذا الشخص الفضولي جاهلاً بوضعه الحقيقي.

فما هي الفضالة؟ وما هو موقف الفقهاء من تصرف الفضولي؟، وما هو الحكم الذي تقتضيه حماية ثقة الأطراف المتضررة به؟

الفرع الأول: معنى الفضالة وموقف الفقهاء من تصرف الفضولي

لبسط بعض الضوء على حالة الفضالة سآبين في هذا الفرع معناها، وأذكر موقف الفقهاء من تصرفات الفضولي.

البند الأول: معنى الفضالة

أولاً/ تعريف الفضالة لغة: الفضالة من الفضل وتعني الزيادة، وجمعها فضول، وتستعمل فيما لا خير فيه⁽¹⁾. كما تطلق أيضا على إظهار الإحسان ابتداء بلا علة⁽²⁾، أما الفضولي فهو المشتغل بما لا يعنيه⁽³⁾.

فالفضالة إذن: تعني اشتغال الإنسان بما يخص غيره، زيادة على اشتغاله بالشؤون الخاصة به.

ثانياً/ تعريف الفضالة اصطلاحاً: عرف ابن عابدين⁽⁴⁾ الفضولي بقوله: "هو من يتصرف في حق غيره بغير إذن شرعي".

فالفضالة تعني: تدخل الإنسان فيما لا يعنيه، بغض النظر عن قصده- سواء كان بقصد الإحسان إلى الغير أم لا-.

البند الثاني: موقف الفقهاء من تصرف الفضولي

اتفق الفقهاء على اشتراط الملك أو ما يقوم مقامه في المحل المعقود عليه. لكنهم اختلفوا حول المرتبة التي يصنف فيها هذا الشرط، فهو عند الحنفية شرط نفاذ، وعند المالكية شرط لزوم، وعند الشافعية والحنبلة شرط صحة. وتبعاً لهذا الخلاف اختلفت أنظرامهم للتصرف الواقع في ملك الغير بغير إذن شرعي، ويمكن حصر هذا الخلاف في رأيين.

أولاً/ الرأي الأول: اتفق رأي الحنفية⁽⁵⁾، والمالكية⁽⁶⁾، وأحمد⁽⁷⁾ في رواية عنه على صحة شراء الفضولي الفضولي لغيره دون إذن وتصريح منه بصرف العقد إليه. وعمدة هؤلاء: ما روي عن عروة البارقي: "أن النبي صلى الله عليه وسلم أعطاه ديناراً ليشتري له شاة أضحية، فاشتري به شاتين، فباع إحداهما بدينار، وأتى النبي صلى الله عليه وسلم بشاة ودينار، فدعا له النبي صلى الله عليه وسلم بالبركة، فكان لو اشترى التراب لريح فيه"⁽⁸⁾.

لكنهم اختلفوا حول درجة صحته، فحكّم الحنفية بلزوم العقد في حق الفضولي، ولا يتوقف على إجازة الغير. أما المالكية وأحمد في رواية عنه، فحكموا بتوقفه على إجازة الغير.

وحجة الحنفية أن شراء الفضولي تصرف ينتج عنه تملك الغير، وقد صدر من عاقل بالغ، في

1 - الزبيدي، مرجع سابق، ج30، ص/ 178.

2 - د/ سعدي أبو حبيب، القاموس الفقهي لغة واصطلاحاً، دار الفكر، دمشق، ط2: 1408هـ- 1988م، ص/ 287.

3 - الزبيدي، مرجع سابق، ج30، ص/ 178.

4 - ابن عابدين، مرجع سابق، ج5، ص/ 106.

5 - بدر الدين العيني، مرجع سابق، ج8، ص/ 311.

6 - ابن رشد الحفيد، مرجع سابق، ج3، ص/ 189.

7 - عبد الرحمان ابن قدامة المقدسي، مرجع سابق، ج5، ص/ 440.

8 - رواه البيهقي في السنن الصغير، كتاب البيوع، باب المضارب يخالف بما فيه زيادة، ج2، ص/ 317 (2150).

محل شرعي معين، وهو المال المتقوم، فوجب القول بانعقاده، لتمام العناصر اللازمة للانعقاد، ولما لم يصرح بكونه تعامل لصالح الغير، لزم في حقه، وألغي قصده.

أما المالكية، وأحمد، فيعتبرون إلى جانب صحة العقد نية الفضولي في صرف العقد إلى الغير، إذ لا ضرر فيه على الغير مع تخييره بين الإمضاء أو الرد، والعقد يقع لازماً من جهة المتعاقد مع الفضولي فلا خيار له، لأنه رضي بالعقد على هذا الوجه، لكنه يقع من جهة الفضولي موقوفاً على إجازة الذي تعامل لصالحه، فإن أجازته نفذ ولزم. وفي هذه الحالة يصير الفضولي وكيلًا عن الغير، فيثبت له ما للوكيل من حقوق في العقد.

لكن في حالة عدم رضا الغير بهذا العقد، فإن العقد ينفذ في حق الفضولي، ويلزمه دفعاً للضرر عن الشخص الذي تعامل معه الفضولي.

أما بيع الفضولي لملك غيره دون إذن منه، فيقع موقوفاً على إجازة المالك، إن أجازته لزم، وصار الفضولي وكيلًا عنه كما في حالة الشراء، وإن رده بطل العقد، لعدم وجود سبيل لإخراج ملك الغير من يده دون رضاه.

ثانياً/ الرأي الثاني: وهو للشافعية⁽¹⁾، وأحمد في الرواية الثانية عنه، وهؤلاء يرون بطلان تصرفات الفضولي، سواء كانت بيعاً، أو شراءً. وعمدة هؤلاء: أن حكيم بن حزام رضي الله عنه قال: "يا رسول الله يأتييني الرجل فيريد مني البيع ليس عندي، أفأبتاعه له من السوق؟"، فقال: «لا تبع ما ليس عندك»⁽²⁾. واحتجوا أيضاً بأن هذا العقد لم يصدر عن ولاية شرعية، إذ أنها تثبت بالملك أو بإذن المالك، فلا ينعقد العقد مع اختلال هذا الشرط.

الفرع الثاني: الحكم الذي تقتضيه حماية الثقة في تصرف الفضولي

انطلاقاً من آراء الفقهاء في حكم تصرف الفضولي: فإن النظر في صورة عقده يستوجب مراعاة أربعة جوانب هي: الجانب الشكلي للعقد، ونية الفضولي، والشخص الذي تعامل معه الفضولي، والشخص الذي تعامل الفضولي لصالحه.

أما الجانب الشكلي لعقد الفضولي، فمتحقق لصدور العقد من عاقدين مؤهلين في محل معين، فوجب القول بانعقاد العقد صحيحاً بغض النظر عن درجة صحته.

¹ - الشيرازي، المهذب، ج4، ص/ 084.

² - رواه أبو داود في سننه، كتاب البيوع، باب في الرجل يبيع ما ليس عنده، ج5، ص/ 362 (3503). ورواه النسائي في السنن الصغرى، كتاب البيوع، باب بيع ما ليس عند البائع، ج7، ص/ 289 (4613). ورواه الترمذي في أبواب البيوع، باب ما جاء في كراهية بيع ما ليس عند الإنسان، ج3، ص/ 526 (1232)، صححه الألباني في إرواء الغليل، ج5، ص/ 132.

أما نيته فالأصل فيها الاعتبار بدل الإلغاء، فقد يكون قصده من التعاقد على هذا النحو الإحسان إلى الغير، ويؤيد هذا الاعتبار دعاء النبي صلى الله عليه وسلم لعروة البارقي بالبركة، فضلا عن إقراره لتصرفه.

أما الفضولي الذي تعدى بتصرفه على حق غيره، فتصرفه معتبر شرعا إذا كان له مجيز، لأن تصرفه قد يكون فيه نفع للغير حيث يكفيه مؤونة طلب المعقود عليه، وحقوق العقد التي ترجع إليه في حالة الإجازة، وفيه نفع للفضولي أيضا حيث يصون كلامه عن الإلغاء، وهذا الحكم يوافق رأي الحنفية والمالكية وأحمد في رواية عنه.

كما حكمنا بتوقف العقد على إجازة الغير بدلا عن نفاذه في حق الفضولي ابتداء- ويوافق هذا الحكم رأي المالكية والحنابلة الذين يعتبرون نية العاقد مؤثرة في الحكم، خلافا للحنفية الذين لا يعتبرون منها إلا ما كان ظاهرا-. فهو لم يبرم العقد لنفسه بل قصد صرفه إلى الغير، فلا إشكال في أن نترك مجالا لاعتبار هذه النية، فإن أجازته الغير لزمه، وإن رده لزم الفضولي. وفي هذا الموضوع يظهر قصد الشارع لحماية ثقة المتعاقد مع الفضولي.

أما الشخص الذي تعاقد معه الفضولي، فقد ينتفع من العقد الذي أبرمه مع الفضولي، لأنه أقدم عليه راضيا بما يترتب عليه، ولو لم تبد له فائدة فيه ما أقدم عليه. ولما كان تعامل هذا الشخص عن جهل بوضع الفضولي، فإن الشارع تكفل بضمان حقه في استقرار عقده، وحماية ثقته بأن جعل العقد لازما في نهاية المطاف، بغض الطرف عن الذي سيلزم في حقه، أهو الفضولي، أم الشخص الذي تعامل لصالحه.

أما الطرف الثالث في هذا العقد فهو الشخص الذي تعدى عليه الفضولي بتصرفه في ملكه دون إذن منه، وهو جدير بالحماية، الشارع قرر ما يكفل حقه ويحمي ثقته في هذا العقد، حيث جعل العقد موقوفا على إجازته، فلا ضرر فيه مع تخييره.

ومن مجموع هذه الأمور يترجح عندي الحكم بصحة تصرف الفضولي، مع توقفه على إجازة الذي كان التصرف لصالحه، حماية لثقة جميع الأطراف الذين يعينهم ذلك العقد.

المطلب الثالث: حماية الثقة في نطاق الاستحقاق بالغصب

آخر حالة أتناولها في هذا المبحث، هي استحقاق المغصوب من يد الذي اشتراه من غاصبه، والصورة التي تعيننا في هذا الموضوع هي تناقل أيدي أشخاص جاهلين بالغصب، المغصوب بعقود صحيحة. وفيما يلي سأبين معنى الاستحقاق والغصب، وموقف الفقهاء من الاستحقاق بالغصب، ثم أبين الحكم الذي تقتضيه حماية الثقة في هذه الحالة.

الفرع الأول: معنى الاستحقاق والغصب وموقف الفقهاء من الاستحقاق بالغصب

لإلقاء بعض الضوء على صورة الاستحقاق بالغصب، سأبين في هذا الفرع معنى الاستحقاق والغصب، ثم أبين موقف الفقهاء من الاستحقاق بالغصب.

البند الأول: معنى الاستحقاق والغصب

في هذا البند سأبين معنى لفظي: الاستحقاق والغصب.

أولاً/ معنى الاستحقاق: يتضح معنى الاستحقاق ببيان تعريفه اللغوي، والاصطلاحي:

1/ تعريف الاستحقاق لغة: الاستحقاق مصدر من الفعل استحق، ومعناه استوجب⁽¹⁾. ومنه قولك استحق الرجل: أي ادعى شيئاً فوجب له⁽²⁾.

2/ تعريف الاستحقاق اصطلاحاً: عرف النمري⁽³⁾ الاستحقاق بقوله: "هو أن يقضى للرجل ببينة بالشيء يدعيه في يد غيره، بعد أن يحلف أنه ما باع الشيء ولا وكّل على بيعه، ولا وهبه ولا تصدق به، وأن ملكه ثابت عليه إلى وقته ذلك".

ثانياً/ معنى الغصب: لبيان معنى الغصب سأذكر تعريفه اللغوي، والاصطلاحي:

1/ تعريف الغصب لغة: الغصب من الفعل غصّب، ومعناه أخذ الشيء ظلماً وقهراً⁽⁴⁾.

2/ تعريف الغصب اصطلاحاً: عرفه العيني⁽⁵⁾ بقوله: "هو أخذ مال متقوم محترم، بغير إذن المالك على وجه يزيل يده" وهذا المعنى عام عند جميع الفقهاء باستثناء قيد إزالة اليد، فهو محل خلاف، كما أضاف بعض الفقهاء⁽⁶⁾ قيد إثبات اليد الظالمة.

البند الثاني: موقف الفقهاء من الاستحقاق بالغصب

اتفق الفقهاء⁽⁷⁾ على حرمة التعدي على ملك الغير بالغصب أو بغيره، لتوافر الأدلة الشرعية الدالة على ذلك، أذكر منها: قول النبي صلى الله عليه وسلم في أيام التشريق من حجة الوداع: «إن دماءكم وأموالكم وأعراضكم عليكم حرام، كحرمة يومكم هذا، في شهركم هذا، في بلدكم هذا، إلى يوم تلقونه». ثم

1 - الهروي، مرجع سابق، ج3، ص/ 244.

2 - إسماعيل بن سيده المرسي، مرجع سابق، ج2، ص/ 475.

3 - النمري، مرجع سابق، ج2، ص/ 884.

4 - الفراهيدي، مرجع سابق، ج4، ص/ 374.

5 - بدر الدين العيني، مرجع سابق، ج11، ص/ 181.

6 - اختلف الفقهاء حول اشتراط إزالة يد المالك وإثبات يد الغاصب على المغصوب، فالحنفية اکتفوا باشتراط إزالة اليد، وذهب المالكية إلى عدم اشتراطه، أما الشافعية فاشتراطوهما معاً. القرافي، الذخيرة، ج8، ص/ 257. إمام الحرمين

الجويني، نهاية المطالب في دراية المذهب، ج7، ص/ 169.

7 - ابن عابدين، مرجع سابق، ج5، ص/ 193.

قال: «ألا لا تظلموا، ألا لا تظلموا، ألا لا تظلموا، إنه لا يحل مال امرئ إلا بطيب نفس منه»⁽¹⁾. وقوله

صلى الله عليه وسلم أيضا: «على اليد ما أخذت حتى ترده»⁽²⁾.

فإن اشترى رجل سلعة، ثم استحقت من يده، فعقده موقوف على إجازة مالكها، فلهذا الأخير أن يأخذها إذا كانت قائمة، أو أن يرجع بقيمتها على الغاصب، أو على المشتري الذي هي في يده، وأخذ المالك للعين المغصوبة بعد فسخا للعقود التي توالى عليها بأثر رجعي، ليرجع كل مشتري على بائعه بالثمن الذي أعطاه. وضابط الرجوع في هذه الصورة؛ هو أن ليس لأحد من المشتريين أن يرجع على بائعه بالثمن ما لم يرجع عليه، لئلا يجتمع الثمنان في ملك واحد⁽³⁾.

أما إذا أجاز العقد في رجوعه حالتان، إذا رجع على الغاصب استقرت العقود التي توالى على المغصوب. لكن إذا رجع على المشتري، تزعزع العقد أيضا للزوم رجوع كل مشتري على بائعه؛ لأن الحكم بالاستحقاق يشمل الحائز ذا اليد، وكل من تلقى ذو اليد الملك عنه.

الفرع الثاني: الحكم الذي تقتضيه حماية الثقة في حالة الاستحقاق بالغصب

انطلاقاً من رأي الفقهاء في المبيع بعد الاستحقاق؛ يتضح أن هذه الصورة يجتمع فيها أمران معتبران شرعا هما: التصرف غير المشروع المتمثل في الغصب، والعقود الصحيحة التي توالى على المغصوب. وهذان الأمران ينتج عنهما بروز طرفين جديرين بالرعاية هما: الشخص المستحق، والشخص الذي ترتبت يده على يد الغاصب.

البند الأول: الشخص المستحق

¹ - رواه أحمد في المسند، مسند البصريين، حديث عم أبي حرة الرقاشي، ج34، ص/ 299 (20695).
² - رواه ابن ماجه في سننه، كتاب الصداقات، باب العارية، ج2، ص/ 802 (2400). ورواه أبو محمد عبد الله بن عبد الرحمان (الدارمي)، مسند الدارمي، تحقيق: حسين سليم أسد الداراني، دار المغني للنشر والتوزيع - المملكة العربية السعودية، ط1: 1412هـ - 2000م، في كتاب البيوع، باب العارية مؤداة، ج3، ص/ 1691 (2638). ورواه الحاكم في المستدرک، كتاب البيوع، من حديث أبي هريرة، ج2، ص/ 55 (2302) وقال حديث صحيح على شرط البخاري ولم يخرجاه.

³ - ابن عابدين، مرجع سابق، ج5، ص/ 191.

وهو الشخص الذي خرج ملكه من يده بغير حق، فقد تكفل الشارع بضمان حقه، بتوقيف العقود التي تناولت ملكه على إجازته. فإثباته لاستحقاقه المبيع، لا يلزم منه عدم الرضا بالمبيع، لجواز أن يكون دليلاً على عدم الرضا بذهاب ملكه مجاناً، لأنه لو لم يثبت استحقاقه له، لاستمر في يد مشتريه من الغاصب من غير أن يحصل عينه، أو بدله⁽¹⁾.

فأما حصوله على عين المغصوب، فيكون بفسخ العقد الذي انتقل بموجبه المغصوب إلى يد المشتري.

وأما حصوله على البديل، فيكون بإجازة العقد، ليرجع بثمن المغصوب على الغاصب، أو على الذي اشتراه منه.

البند الثاني: المشتري المستحق من يده

وهو المشتري الذي استقر المغصوب في يده بعقد صحيح، دون أن يعلم بالطريقة التي وصل بها إلى يد بائعه الأول. وهذا الطرف يتضرر بفسخ العقد، كما يتضرر برجوع المالك عليه بقيمة المغصوب الذي ضمانه عليه، فهو جدير برعاية الشارع له، ومن حقه أن يستقر عقده ويحصل ثماره. وبالنظر في الضرر الذي يلحق هذين الطرفين، نجد الضرر الواقع على المستحق أشد من الواقع على المشتري. ومن المعلوم أنه إذا تعارض ضرران أحدهما أشد من الآخر، يتحمل الضرر الأخف لرفع الضرر الأشد، فيحكم على العقد بالتوقف على إجازة المالك ضماناً لحقه في استرداد العين أو البديل، حتى لو أدى ذلك إلى زعزعة العقود المتوالية على المغصوب.

وأشير هنا إلى أن المشتري وإن لم يستقر عقده، فحقه مكفول برجوعه على بائعه بالثمن الذي اشترى به، وإن كانت مصلحة أدنى من استقرار العقد. وفي هذا حماية لثقتة بضمان حصوله على الثمن الذي دفعه في مقابل العين المغصوبة، كحد أدنى.

¹ - نفس المرجع، نفس الصفحة.

المبحث الثالث: حماية الثقة في نطاق التفليس

فتح الله سبحانه وتعالى مجال التعامل المالي للناس، وأقرهم على التسديد بما حضر في أيديهم من أموال. وفي حالة تعذر السداد أجاز لهم التداين، الذي يدل عليه قول الله تعالى: ﴿يَأْتِيهَا الَّذِينَ ءَامَنُوا إِذَا تَدَايَنُكُمْ بَدِينَ إِلَىٰ أَجَلٍ مُّسَمًّى﴾ سورة البقرة: الآية(282). وقوله تعالى أيضا: ﴿مَنْ بَعَدَ وَصِيَّةٍ يُوصَىٰ بِهَا أَوْ دِينَ﴾ سورة النساء: الآية(12).

وذلك إذا تداين الشخص في غير سرف ولا فساد، وهو يرى أن ذمته تفي بما يدان. وقد روت أم المؤمنين عائشة رضي الله عنها أن رسول الله صلى الله عليه وسلم كان يدعو في الصلاة ويقول: «اللهم إني أعوذ بك من المأثم والمغرم»، فقال قائل: ما أكثر ما تستعيز يا رسول الله من المغرم؟ قال: «إن الرجل إذا غرم حدث فكذب، ووعد فأخلف»⁽¹⁾.

وفي حالة ما إذا أحاط الدين بمال المدين حكم الحاكم بتفليسه حفاظا على حقوق دائنيه، وحماية للثقة العامة للمعاملات في إطار المداينة. وفي هذا المبحث سأطرق إلى بيان معنى التفليس والحجر وأنواع التفليس، وحماية الثقة بالحجر على المدين، وحماية الثقة بتقييد تصرفات المدين قبل التفليس عند المالكية.

المطلب الأول: معنى التفليس و الحجر وأنواع التفليس

يحكم بالتفليس على الشخص الذي تعلق بماله حقوق لغرماء ليس له سبيل لإيفائها إلا من ممتلكاته بالحجر عليه، وبيع ممتلكاته. وفي هذا المطلب سأبين معنى التفليس والحجر، وأذكر أنواع التفليس.

¹ - رواه البخاري في كتاب الاستقراض وأداء الديون والحجر والتفليس، باب من استعاذ من الدين، ج3، ص/ 117 (2397).

الفرع الأول: معنى التفلّيس والحجر

قبل الخوض فيما يتعلق بحكم التفلّيس والحجر، سأبين معنى التفلّيس، والحجر.

البند الأول: معنى التفلّيس

يتضح معنى التفلّيس بذكر تعريفه اللغوي، والاصطلاحي:

أولاً/ **تعريف التفلّيس لغة:** لفظ التفلّيس مشتق من الفعل فَلََسَ، يقال فَلََسَ من الشيء فَلََساً: خلا منه وتجرد، فهو فَلََسٌ⁽¹⁾. وأفلس الرجل إذا لم يبق له مال، ومعناه صارت دراهمه فلوساً؛ أي زيوفاً، وقيل صار إلى حال يقال فيه ليس معه فَلََسٌ، والفلوس هي النقود الحقيرة⁽²⁾.

وفَلََسَ القاضي الرجل تفلّيساً؛ أي نادى عليه أنه أفلس⁽³⁾.

ثانياً/ **تعريف التفلّيس اصطلاحاً:** عرف الخرشي⁽⁴⁾ التفلّيس بقوله: " هو خلع مال الرجل لغرمائه". وذكر العدوي⁽⁵⁾ في شرحه لهذا التعريف أنه يقصد بالخلع هنا؛ أن يتم بيع مال المدين الذي أحاط الدين بماله، بقضاء القاضي، وبهذا يتحقق الحكم بالتفلّيس.

البند الثاني: معنى الحجر

ليبين معنى الحجر سأذكر تعريفه اللغوي، والاصطلاحي:

أولاً/ **تعريف الحجر لغة:** الحجر من الفعل حَجَرَ، يقال حَجَرَ الشيء: ضيّقه، وحَجَرَ الأرض: وضع على حدودها أعلاماً بالحجارة، ونحوها لحيازتها⁽⁶⁾.

والحجر على الرجل: منعه من التصرف، فهو محجور عليه⁽⁷⁾.

ومنه يكون معنى الحجر في اللغة: المنع، والتضييق، والحصر.

ثانياً/ **تعريف الحجر اصطلاحاً:** عرف ابن عابدين⁽⁸⁾ الحجر بقوله: "هو منع مخصوص، بشخص

1 - مجمع اللغة العربية بالقاهرة، مرجع سابق، ج2، ص/ 700.

2 - ابن الأثير، مرجع سابق، ج3، ص/ 470.

3 - الرازي، مختار الصحاح، ص/ 242.

4 - الخرشي، مرجع سابق، ج5، ص/ 262.

5 - حاشية العدوي على شرح الخرشي، مرجع سابق، ج5، ص/ 262.

6 - د/ سعدي أبو جيب، مرجع سابق، ص/ 78.

7 - الفيومي، مرجع سابق، ج1، ص/ 121.

8 - ابن عابدين، مرجع سابق، ج6، ص/ 143.

مخصوص، عن تصرف مخصوص، أو عن نفاذه". وعرفه ابن عرفة⁽¹⁾ بقوله: "هو صفة حكمية توجب منع موصوفها من نفوذ تصرفه في الزائد على قوته، أو التبرع بماله"، وهذا التعريف الأخير يحمل دلالة وافية، ودقيقة لاشتماله على بيان المحل الذي يمنع التصرف فيه.

الفرع الثاني: أنواع التفليس

توسع المالكية في أحكام التفليس، ومن آثار توسعهم هذا أن قسموا التفليس إلى نوعين: تفليس عام، وتفليس خاص. فهذا التقسيم خاص بهم دون غيرهم من الفقهاء.

البند الأول: التفليس العام

ذكر الدسوقي⁽²⁾ في حاشيته أن التفليس بالمعنى الأعم؛ هو قيام الغرماء على من أحاطت ديونهم بماله فيسجنونه، أو يقومون عليه فيستتر منهم فلا يجدونه، فيحولون بينه وبين ماله، ويمنعونه من التبرعات، والتصرفات المالية بالبيع، والشراء، والأخذ، والعطاء، ولو بغير محاباة، ولهم قسمة ماله بينهم بالمحاصة.

فللغرماء مضايقة المدين لإجباره على سداد الديون التي لهم عليه، من غير أن يرفعوا أمرهم إلى الحاكم.

البند الثاني: التفليس الخاص

وذكر الدسوقي⁽³⁾ أيضا أن التفليس بالمعنى الأخص؛ هو أن يحكم الحاكم بخلع ما بيد المدين الذي الذي أحاط الدين بماله، لغرمائه لعجزه عن وفاء ما عليه. ويستوي في ذلك حضوره، وغيابه، ولو مسيرة شهر، إن لم يعلم حال خروجه غناه، فإن علم لم يفلس. وغيبة ماله كغيبته.

وهذا النوع من التفليس هو المتعارف عليه بين الفقهاء، وهو المقصود من الإطلاق العام للفظ التفليس، سيأتي تفصيل شروطه، وآثاره في مواضع لاحقة من هذا المبحث.

المطلب الثاني: حماية الثقة بالحجر على المدين المفلس

1 - الرصاع، مرجع سابق، ص/ 313.

2 - الدسوقي، مرجع سابق، ج3، ص/ 263، 264.

3 - الدسوقي، مرجع سابق، ج3، ص/ 263، 264.

الحجر على المدين الذي عجز عن وفاء ما عليه من الديون واحد من الأحكام التي يقصد بها حفظ حقوق الدائنين. وفي هذا المطلب سأحدث عن الحجر على المدين المفلس، ثم أبين الحماية التي يكفلها الحجر على المدين المفلس للثقة في المعاملات المالية.

الفرع الأول: الحجر على المدين المفلس

ذكرت فيما سبق أن الأصل في تصرفات الإنسان البالغ العاقل الاعتبار، والحجر تضيق ومنع من تلك التصرفات. وفي هذا الفرع سأذكر خلاف الفقهاء في الحجر على المدين المفلس، وشروطه.

البند الأول: خلاف الفقهاء في الحجر على المدين المفلس

اتفق الفقهاء على أن للدائنين مطالبة المدين بحقوقهم، لكن اختلفوا في جواز الحجر عليه إذا عجز عن سداد ما عليه على قولين: الأول لأبي حنيفة، والثاني للجمهور: **أولاً/ القول الأول:** ذهب أبو حنيفة⁽¹⁾ إلى أنه لا يجوز الحجر على المدين بسبب الدين، ولو زادت ديونه على أمواله، ولو طلب غرماؤه الحجر عليه.

وحجته في هذا الحكم هي أن المال مال الله؛ وهو غاد ورائح، وفي الحجر على المدين بسبب إفلاسه إهدار لأهليته، وإنسانيته، وإحاقه بالبهايم، وذلك ضرر عظيم أخطر مما يلحق الدائنين. وعليه، فإن تصرفات المدين المفلس عند أبي حنيفة نافذة، ولا يباع ماله جبراً عنه، وإنما يؤمر بسداد ديونه. لأن قضاء الدين واجب عليه، والمماطلة ظلم، فيحبسه الحاكم دفعا لظلمه، وإيصالا للحق إلى مستحقه، ولا يكون ذلك إكراها على البيع، فيصير حجراً عليه، بينما المقصود من حبسه حمله على القضاء⁽²⁾.

فإن امتثل لا يتعرض له بشيء، وإن امتنع عن الأداء حبس حتى يسدد ديونه، أو يبيع ماله بنفسه، أو يموت في السجن⁽³⁾.

ثانياً/ القول الثاني: ذهب الجمهور من الحنفية⁽⁴⁾، والمالكية⁽⁵⁾، والشافعية⁽⁶⁾، والحنابلة⁽¹⁾ إلى جواز الحجر على المدين المفلس الذي عجز عن سداد ما تعلق بدمته، في تصرفاته المالية حفاظاً على حقوق دائنيه، واستدلوا لحكم الجواز بالأدلة التالية:

1 - ابن نجيم، البحر الرائق، ج8، ص/ 94.

2 - نفس المرجع، نفس الصفحة.

3 - د/ وهبة بن مصطفى الزحيلي، مرجع سابق، ج5، ص/ 455، 456.

4 - ابن نجيم، البحر الرائق، ج8، ص/ 94.

5 - ابن رشد الجد، البيان والتحصيل، ج10، ص/ 473.

6 - الماوردي، مرجع سابق، ج6، ص/ 264.

1/ استدلوا بما رواه أبو هريرة عن النبي صلى الله عليه وسلم أنه قال: «أيا رجل باع سلعة فأدرك سلعته بعينها عند رجل، وقد أفلس، ولم يكن قبض من ثمنها شيئاً فهي له، وإن كان قبض من ثمنها شيئاً فهو أسوة الغرماء»⁽²⁾.

2/ استدلوا أيضاً بما روي عن ابن كعب بن مالك أنه قال: "كان معاذ بن جبل شاباً جميلاً سمحاً من خيرة شباب قومه، لا يُسأل شيئاً إلا أعطاه، حتى أدان ديناً أغلق ماله، قال: فكلم رسول الله صلى الله عليه وسلم أن يكلم غرماءه، ففعل، فلم يضعوا له شيئاً، فلو ترك لأحد بكلام أحد لترك لمعاذ بكلام رسول الله صلى الله عليه وسلم، فدعاه النبي صلى الله عليه وسلم، فلم يبرح حتى باع ماله، وقسمه بين غرمائه، فقام معاذ لا مال له"⁽³⁾.

3/ واستدلوا أيضاً بما روي عن مالك من أن رجلاً من جهينة كان يشتري الرواحل، فيغالي بها، ثم يسرع السير، فيسبق الحاج فأفلس. فرفع أمره إلى عمر بن الخطاب رضي الله عنه، فقال: "أما بعد، أيها الناس، فإن الأسيفع، أسيفع جهينة رضي من دينه وأمانته أن يقال: "سبق الحاج"، ألا وإنه دان معرضاً، فأصبح قد رين⁽⁴⁾ به، فمن كان له عليه دين فليأتنا الغداة، نقسم ماله بين غرمائه، وإياكم والدين؛ فإن أوله هم، وآخره حرب"⁽⁵⁾.

فهذه الأدلة صريحة في الدلالة على جواز الحكم بتفليس الغريم العاجز عن سداد ما تعلق بذمته من الدين.

والقول بجواز الحجر على المدين المفلس أولى، لتوافر الأدلة الشرعية الدالة عليه من جهة، ولما يحققه من مصلحة في حفظ حقوق الدائنين من الضياع إذا حلت ديونهم، أو ديون بعضهم، وتيسير أدائها بهذا الحكم من جهة ثانية.

البند الثاني: شروط الحجر على المدين المفلس

- 1 - أبو الخطاب الكالوذاني، مرجع سابق، ج1، ص/271، 272.
- 2 - رواه ابن ماجه في سننه، كتاب الأحكام، باب من وجد متاعه بعينه عند رجل قد أفلس، ج2، ص/790 (2359). ورواه الطبراني في المعجم الأوسط، باب الميم، من بقية من أول اسمه ميم من اسمه موسى، ج8، ص/155 (8254). ورواه الدار قطني في سننه، كتاب الأفضية والأحكام، باب المرأة تقتل إذا ارتدت، ج5، ص/412 (4549)، صححه الألباني في إرواء الغليل، ج5، ص/072.
- 3 - رواه الطبراني في المعجم الكبير، باب الميم، ذكر مشاهد معاذ وسنه ووفاته ومن أخباره، ج20، ص/30 (44). ورواه البيهقي في السنن الكبرى، كتاب التفليس، باب الحجر على المفلس ويبيع ماله في ديونه، ج6، ص/80 (11262).
- 4 - رين به: وقع فيما لا يستطيع الخروج منه، الفراهيدي، مرجع سابق، ج8، ص/277.
- 5 - رواه الإمام مالك في الموطأ، كتاب البيوع، باب تفليس الغريم، ج2، ص/387 (2685). ورواه البيهقي في السنن الكبرى، كتاب التفليس، باب الحجر على المفلس ويبيع ماله في ديونه، ج6، ص/81 (11265).

سبب الحكم بالتفليس هو وجود عيب في ذمة (1) الغريم، يتم بالمناداة عليه، وإشهار إفلاسه ليعلم الناس حاله فيمتنعوا عن التعامل معه. وقد اشترط الفقهاء (2) لجواز الحجر مجموعة من الشروط، أوجزها فيما يلي:

أولاً/ رفع الدائنين أمر المدين إلى الحاكم: وذلك بأن يرفع الدائنين دعوى على مدينهم إلى الحاكم، طلباً للنظر في أمرهم، وهذا الشرط محل اتفاق بين الفقهاء، فإذا لم يطلب أحد من الغرماء تفليس الغريم لم يفلس، ولو طلب بعضهم تفليسه، وأبى البعض الآخر، فإنه يفلس لحق من طلب التفليس من الدائنين، بشرط أن يكون دين الذي طلب تفليسه حالاً. ويستوي في ذلك أن يكون الدين الحال كله لطالب التفليس، أو بعضه له، وبعضه لغيره من الدائنين الذين لم يطلبوا التفليس، ومع ذلك يثبت لمن لم يطلبوا التفليس الحق في محاسبة الذين طلبوا التفليس؛ لأن تفليس المدين لواحد تفليس للجميع (3). ويستحب للحاكم أن يشهد على الحكم بالتفليس، ويعلنه على اتفاق بين الفقهاء، ليعلم الناس حاله فلا يعاملوه إلا على بصيرة (4)، فرما مات القاضي أو عزل، فيثبت عند الذي يخلفه فيمضيه، ولا يحتاج إلى ابتداء حجر ثان.

واختلفوا فيما إذا رفع الغريم أمره إلى الحاكم ليحكم بتفليسه، وقضاء ديونه. فذهب الجمهور (5) إلى أن الغريم إذا أراد أن يفلس نفسه لم يكن له ذلك؛ لأن الحكم بالتفليس إنما يقصد من ورائه أداء حقوق الدائنين، فلا يتحقق إلا بطلب منهم. وذهب الشافعية (6) إلى أنه يجوز للمدين أن يطلب من الحاكم أن يحجر عليه، ليقصر يده عن التصرف في ماله، حتى تصرف أمواله إلى جهات ديونه. وحثهم في هذا الحكم هي أن قضاء رسول الله صلى الله عليه وسلم بالحجر على معاذ بن جبل رضي الله عنه إنما كان بطلب من معاذ نفسه (7). وللحاكم أن يعلن عن تفليس الغريم، ليأتي من له عليه دين فيحاصه بدينه من جهة، وليعلم الناس ما آل إليه حاله ليجتنبوا التعامل معه.

1 - الذمة: عبارة عن وعاء اعتباري لازم لأهلية الوجوب، تتعلق به الديون والحقوق. فإذا مات الإنسان خربت ذمته، فما كان عليها من دين انتقل إلى التركة، وذلك يقتضي حله. محمد سكال المجاجي، المذهب من الفقه المالكي وأدلته، دار القلم - دمشق، عالم المعرفة - الجزائر، ط: 1433هـ - 2012م، ج3، ص/611.

2 - هذه الشروط مبسطة في المراجع التي سبق ذكرها في جواز الحجر على المدين المفلس.

3 - الخرخشي، مرجع سابق، ج5، ص/265.

4 - فمن تعامل مع محجور عليه، وهو يعلم حاله، فلا عذر له فيما تؤول إليه نتيجة معاملته.

5 - المرغيناني، مرجع سابق، ج3، ص/284. الخطاب، مرجع سابق، ج5، ص/38.

6 - إمام الحرمين الجويني، نهاية المطلب في دراية المذهب، ج5، ص/38.

7 - سبق ذكر الحديث، وتخريجه في الصفحة السابقة.

ثانيا/ استغراق الدين مال المدين: اشترط الحنفية⁽¹⁾، والمالكية⁽²⁾ أن يكون مجموع الديون الحالة، والمؤجلة زائد على مال المفلس، ولا حجر بالدين المساوي. لكن إذا أتى المدين بحميل، فإن ديونه المؤجلة لا تحل. أما الشافعية⁽³⁾، والحنابلة⁽⁴⁾، فاشتروا أن يكون الدين الحال زائد على مال المدين، دون النظر إلى إلى الدين المؤجل؛ والقاعدة الفقهية تقول: "كل حق وجب عليه لا يبرأ منه إلا أدأؤه"⁽⁵⁾. فلا وجه للمطالبة بدين مؤجل، إذ لا حق لمن لم يحل دينه، وإلا لم يكن لتأجيل الدين فائدة. والإعسار ليس وضعا ثابتا في حق المدين، فغالبا ما يُقبل على التكسب، فيتغير حاله من الإعسار، إلى اليسار.

ثالثا/ مماثلة المدين في دفع ما عليه: اشترط جمهور الفقهاء⁽⁶⁾ لجواز الحجر على المدين المفلس أن يلد⁽⁷⁾، ويماطل بأداء الدين بعد وجوبه، وطلب صاحبه. فإن امتنع عن السداد، أو اتهم بإخفاء شيء من ماله؛ كان للحاكم أن يحبسه حتى يسدد ما عليه أو يظهر ما عنده من المال. لكن إذا لم يعرف حاله، فللحاكم أن يحبسه حتى يتبين حاله، فإن ثبت يساره حجر عليه، وإن أقام البينة على أنه لا مال له، وثبت إعساره، خلى الحاكم سبيله لوجوب النظرة إلى ميسرة، الاستفادة من قول الله تعالى: ﴿وَإِنْ كَانَ ذُو عُسْرَةٍ فَنَظِرَةٌ إِلَىٰ مَيْسَرَةٍ﴾ سورة البقرة: الآية (280).

الفرع الثاني: الحماية التي يكفلها الحجر على المدين للثقة في التعامل معه

انطلاقا من أقوال الفقهاء في جواز الحجر على المدين المفلس وشروطه، يترجح عندي القول بجوازه، لقوة الأدلة التي يستند إليها الحكم به من جهة، ولما يحققه من مصلحة في حفظ حقوق الناس وأموالهم، ولما يوفره من حماية للثقة العامة في التعاملات المالية، فالحجر على المدين بسبب إحاطة الديون بماله يعد بمثابة رادع له حتى لا يفرط في الاستدانة، وهو في الوقت ذاته زاجر لغيره فيكون له فيه عبرة.

1 - د/ عبد الرزاق السنهوري، مرجع سابق، ج5، ص/ 100.

2 - الخرخشي، مرجع سابق، ج5، ص/ 265.

3 - الشيرازي، المهذب في فقه الإمام الشافعي، ج2، ص/ 111.

4 - أبو الخطاب الكالوذاني، مرجع سابق، ص/ 271.

5 - الإمام الشافعي، مرجع سابق، ج2، ص/ 74.

6 - الكمال ابن الهمام، فتح القدير، ج9، ص/ 277. الخرخشي، مرجع سابق، ج5، ص/ 265. الشيرازي، المهذب في فقه

الإمام الشافعي، ج2، ص/ 112. أبو الخطاب الكالوذاني، مرجع سابق، ص/ 274.

7 - يلد: بمعنى يخاصم، والرجل اللدود: هو السيء الخلق، الشديد الخصومة، العسر الاتقياد، كثير الخصومات، شرس

المعاملة. الفراهيدي، مرجع سابق، ج8، ص/ 08.

والأصل في شخص المدين الأمانة، فهو مستأمن على حقوق الدائنين حتى حلول الأجل. لكن إذا استغرق مجموع ديونه ماله، تزعزعت الثقة التي كانت سببا للإستدانة، إذ يخشى الدائنون أن يحول إعمار مدينهم دون استفاء حقوقهم، ولا ضمان لهم في هذه الحالة إلا طلب الحجر عليه. أما الشروط التي اشترطها الفقهاء للحجر، فهي كفيلة بإبانة حال المدين، ووضعه المالي. فمأطلة المدين الذي تُجهل حقيقة أمواله تُزعزع ثقة الدائنين في استيفاء ديونهم. ولا تؤمّن تلك الثقة إلا بالحجر عليه.

واشترط رفع دعوى على المدين إلى الحاكم ليحجر عليه؛ هو إجراء اشترطه الفقهاء لإشهار التفليس من جهة، وليكون ذا صبغة رسمية بتولي الحاكم التنفيذ على مال المدين من جهة ثانية. وفي هذا الإجراء حماية لثقة الدائنين في التوصل إلى حقوقهم بطرق رسمية. فالحكم بجواز الحجر على المدين الذي استغرق الدين ماله يصب في مجرى أداء الحقوق إلى ذويها، والذي يعد أحد مقومات الثقة في المعاملات المالية.

المطلب الثالث: الآثار المترتبة على التفليس التي تحمي الثقة في التعامل مع المدين

إذا تحقق في المدين الشروط السابقة الذكر في المطلب السابق، جاز لغرمائه رفع أمرهم إلى الحاكم ليحجر عليه، فإذا حكم على المدين بالتفليس تعلقت ديون الغرماء بماله، وهذا التعلق تنتج عنه مجموعة من الآثار.

وفي هذا المطلب سأحدث عن الآثار المترتبة على التفليس، مع بيان الحماية التي يكفلها كل منها للثقة في المعاملات المالية.

الفرع الأول: حماية الثقة بمنع المدين من التصرف في ماله

أول أثر ينتج عن الحكم بتفليس المدين هو منعه من التصرف في ماله. وفي هذا الفرع سأحدث عن موقف الفقهاء من التصرفات المالية للمدين، ثم أبين الحماية التي يكفلها منع المدين من التصرفات المالية للثقة في التعامل معه.

البند الأول: موقف الفقهاء من التصرفات المالية للمدين

اتفق القائلون بجواز الحجر على المدين المفلس على أنه بمجرد صدور الحكم بتفليسه يحال بينه وبين ماله، فيمنع من التصرف فيه تبرعا أو معاوضة، بمحابة أو بغير محابة، فلا تنفذ الهبة أو الصدقة أو

الإبراء أو الوقف، كما لا ينفذ البيع أو الشراء أو الكراء أو الاكتراء، ويتوقف نفاذ تصرفاته الموقوفة على إجازة الحاكم، أو الدائنين⁽¹⁾.

لكن الحكم بالتفليس عند الحنفية⁽²⁾، والمالكية⁽³⁾، وبعض الحنابلة⁽⁴⁾ لا يمنع المدين من التصرف في ذمته، كما لو أقر بشيء لغير دائنيه لزمه بعد قضاء ديونهم؛ لأنه تعلق بهذا المال حق الغرماء، فلا يمكن إبطال حقهم بالإقرار لغيرهم.

أما الشافعية⁽⁵⁾، والحنابلة⁽⁶⁾ في أرجح قوليهما، فلا يجيزون إقراره بعد الحجر، بحجة أنه يؤدي إلى مضارة الدائنين بالمزاحمة في ماله، ولأنه ربما تواطأ مع المقر له ليفتك بعض ماله من يد الغرماء. وقد اختلف الفقهاء في تحديد المال الذي يشمل حكم الحجر، فالحنفية⁽⁷⁾، والمالكية⁽⁸⁾ يرون أنه يختص بالمال الموجود وقت صدور الحكم، دون ما يحدث بعده من كسب أو غيره، حتى لو تصرف في الحادث نفذ، غير أن المال المحجور عليه إذا لم يفي بحقوق الغرماء أصدر الحاكم الحكم بحجر جديد على المال الحادث، بطلب من الغرماء.

أما الشافعية⁽⁹⁾، والحنابلة⁽¹⁰⁾ فيرون أن حكم الحجر يشمل المال الموجود وقت صدور حكمه، كما يشمل المال الحادث في المستقبل حتى يستوفي جميع الغرماء حقوقهم، وتبرأ ذمة المدين؛ لأن الحكم بالحجر إنما صدر لأجل ضمان حقوق الدائنين فلا يرتفع إلا باستيفائها.

البند الثاني: الحماية التي يكفلها منع المدين من التصرفات المالية للثقة في التعامل معه

تغل يد المدين المفلس عن التصرف في ماله، لأنه لم تعد له فيه ملكية مطلقة بعد حلول الديون التي في ذمته، فالديون التي عليه انتقلت من التعلق بذمته إلى التعلق بماله، وهو في هذه الحالة كالرهن

1 - د/عبد الرزاق السنهوري، مرجع سابق، ج5، ص/109، 110.

2 - الكمال ابن الهمام، فتح القدير، ج9، ص/ 275.

3 - الدسوقي، مرجع سابق، ج3، ص/ 265.

4 - عبد الرحمان ابن قدامة المقدسي، مرجع سابق، ج4، ص/ 464.

5 - الشرييني، مرجع سابق، ج3، ص/ 100.

6 - عبد الرحمان ابن قدامة المقدسي، مرجع سابق، ج4، ص/ 464.

7 - ابن نجيم، البحر الرائق، ج8، ص/ 94.

8 - الحطاب، مرجع سابق، ج5، ص/ 39.

9 - الشرييني، مرجع سابق، ج3، ص/ 266.

10 - أبو النجا موسى بن أحمد (شرف الدين المقدسي)، الإقناع في فقه الإمام أحمد بن حنبل، تحقيق: عبد اللطيف محمد

موسى السبكي، دار المعرفة- بيروت، (بدون طبعة)، ج2، ص/ 110.

في يد المرتهن فلا يجوز له التصرف فيه، حتى يتسنى استيفاء حقوق الدائنين منه، وفي هذا حماية لثقة الدائنين الذين تعذر عليهم الوصول إلى حقوقهم بإعسار مدينهم.

أما تصرفه في ذمته بالإقرار لغير دائنيه بشيء من ماله، فالأولى أن يعتبر؛ لأن المدين شخص كامل الأهلية في الأصل، و محل المنع هو المال الحاضر الذي تعلقت به حقوق الدائنين، فلا ينفذ إقراره منه، ويرجأ حتى يستوفي الدائنون ما لهم، فإن بقي من المال شيء نفذ منه، وفي هذا الحكم حماية لثقة الدائنين بغل يد المدين عن التصرف في المال الموجود، ففيه ضمان لحقوقهم، وفي الوقت نفسه فيه التفاتة إلى المدين المعسر الذي اختلت أهلية الأداء لديه بمنحه أملاً في إطلاق يده بعد الوفاء بحقوق الغرماء، فيجوز إقراره لغيرهم، لكن بشرط أن لا يكون فيه تواطؤ مع المقر لهم، فيلغى.

الفرع الثاني: حماية الثقة بحبس المدين

من المقرر شرعاً أن المدين يجب عليه إيفاء ديونه الحالة إذا كان موسراً، وإن كان معسراً يمهل إلى وقت اليسار عملاً بقول الله تعالى: ﴿ وَإِنْ كَانَ ذُو عُسْرَةٍ فَنَظِرَةٌ إِلَىٰ مَيْسَرَةٍ ﴾ سورة البقرة: الآية (280).

أما إذا كان مماطلا في الوفاء، وله مال يفي بدينه، ورفع الغرماء أمرهم إلى الحاكم، فهل لهم أو للحاكم أن يحبسوه؟. في هذا الفرع سآبين موقف الفقهاء من حبس المدين، ثم آبين الحماية التي يكفلها حبس المدين للثقة في التعامل معه.

البند الأول: موقف الفقهاء من حبس المدين

يجوز للحاكم، أو الغرماء أن يحبسوا المدين الذي عجز عن الوفاء بما عليه من الدين، لقول رسول الله صلى الله عليه وسلم: «لي (1) الواجد (2) يحل عرضه وعقوبته» (3). ويستنتج من هذا الحديث أنه يجوز حبس المدين المفلس، إذا ما توافر شرطان (4) أحدهما: أن يسجن يسجن استبراء لأمره إن جهل حاله، أو ظهرت عليه علامات الغنى بلسه فاخر الثياب، وركوبه جيد

1 - اللي: هو الجدل والمطل. ابن منظور، مرجع سابق، ج15، ص/ 262، 263.

2 - الواجد: الغني، من الوجد بمعنى القدرة. الأزدي، مرجع سابق، ج1، ص/ 452.

3 - رواه أبو داود في سننه، كتاب الأفضية باب الحبس في الدين وغيره، ج3، ص/ 313 (3628)، وزاد فيه: قال ابن المبارك: "يحل عرضه يغلظ له، وعقوبته يحبس له". ورواه النسائي في السنن الكبرى، كتاب البيوع، باب مطل الغني، ج6، ص/ 89 (6242). ورواه ابن ماجه في سننه، كتاب الصدقات، باب الحبس في الدين والملازمة، ج2، ص/ 811 (2427)، وزاد فيه: قال علي الطنافسي: "يعني عرضه شكايته، وعقوبته سجنه" قال فيه الألباني: حديث حسن. إرواء الغليل، ج5، ص/ 259.

4 - د/ وهبة بن مصطفى الزحيلي، مرجع سابق، ج5، ص/ 462، 463،

المواصلات، فيسجن بحكم ظاهره من غير أن يعلم حقيقة حاله، حتى يثبت عسره، أو يأتي بكفيل يكفله، فيطلق سراحه.

والثاني: أن يسجن إذا كان له مال وماتل في الأداء، لأن المطل من الغني ظلم.

ويمنع المحبوس من الخروج إلى أشغاله، ومهامه الدينية، والدينيوية؛ كحضور الجمع والجماعات والأعياد وتشجيع الجنائز وعبادة المرضى والزيارة والضيافة، ليؤدي المنع إلى إضجار قلبه، فيكون باعثاً له على قضاء الدين.

وذهب ابن تيمية⁽¹⁾ إلى أنه لا يستحب تحديد مكان الحبس؛ لأن المقصود منه منعه من التصرفات حتى يؤدي الحق الذي عليه، فيحبس ولو في داره بحيث لا يمكن من الخروج منها.

وذهب الحنفية⁽²⁾ إلى أن المدين إذا لم يظهر له مال، وأخرجه الحاكم من الحبس فإن لغرمائه ملازمته، ويأخذون فضل كسبه ويقسم بينهم بالحصص لاستواء حقوقهم، فيذهبوا معه حيثما ذهب، فإذا رجع إلى بيته فأذن لهم بالدخول، دخلوا معه، وإلا انتظروه على الباب ليلازموه بعد الخروج، لكن لا يمنعونه من التصرف والكسب والسفر حال الملازمة، وليس لهم أن يحصروه في مكان خاص؛ لأنه حبس، بل يدورون معه، ويدور هو حيث شاء، وهم يرون في ذلك إضجار للمدين، وحمل على القضاء الدين.

ودليلهم في هذا الحكم، حديثان: الأول هو قول رسول الله صلى الله عليه وسلم: «إن لصاحب الحق اليد واللسان»⁽³⁾، قالوا: المقصود باليد: الملازمة، وباللسان: التقاضي.

والثاني: ما روي عن أبي هريرة رضي الله عنه أن رجلاً أتى النبي صلى الله عليه وسلم يتقاضاه، فأغلظ فهم به أصحابه، فقال رسول الله صلى الله عليه وسلم: «دعوه فإن لصاحب الحق مقالاً»⁽⁴⁾. ذكر صاحب فتح الباري⁽⁵⁾ في معنى هذا الحديث؛ أن لصاحب الحق صولة الطلب وقوة الحجة، فيحتمل منه التشديد في المطالبة، لكن من غير قدر زائد.

البند الثاني: الحماية التي يكفلها حبس المدين للثقة في التعامل معه

1 - ابن تيمية، مرجع سابق، ج3، ص/ 420.

2 - ابن نجيم، البحر الرائق، ج6، ص/ 228، ج8، ص/ 95.

3 - رواه الدار قطني في سننه، كتاب الأفضية والأحكام وغير ذلك، باب في المرأة تقتل إذا ارتدت، ج5، ص/ 415 (4553).

4 - رواه البخاري في كتاب الوكالة، باب الوكالة في قضاء الديون، ج3، ص/ 99 (2306).

5 - ابن حجر، مرجع سابق، ج5، ص/ 56.

جوز الفقهاء للحاكم حبس المدين في ديونه التي لم يجد لها وفاء، بطلب من أصحاب تلك الديون، بشرط أن يكون وضعه المالي مجهولا لديهم، أو أن يكون له مال لكنه يماطل في الأداء. فعندها يجوز للحاكم أن يحبسه. لكن إذا ثبت إفساره ببينة، فالأولى بالحاكم أن يخلي سبيله، ولا يعترض له بشيء، إذ لا فائدة من إبقائه محبوسا، بل في حبسه إضرار بالغرماء؛ لأنه يمنع من التكسب الذي قد يوفر له ما يؤدي به.

وعليه، يكون في حبس المدين حماية لثقة الدائنين بحصر المدين والتضييق عليه وإضجاره، ليحمله على الإسراع في الأداء. لكن إذا كان المدين معدما، فينظر إلى مصلحته في الإنظار قبل النظر إلى مصلحة الدائنين؛ لأنه ليس له ما يؤدي به، فالأولى أن تمنح له فرصة للتكسب، وفي هذه الأخيرة رحمة بالمدين، تحمي ثقته في إمكان تحول حاله من الإعسار إلى اليسار.

الفرع الثالث: حماية الثقة ببيع مال المدين وقسمته بين الغرماء

القصد الأول من تفليس المدين هو تيسير إيصال الحقوق إلى ذويها، فهل يجوز للحاكم بيع مال المدين ليقسم ثمنه بين الغرماء؟. في هذا الفرع سأبين موقف الفقهاء من بيع مال المدين وقسمته بين الغرماء، ثم أبين الحماية التي يكفلها بيع مال المدين وقسمته بين الغرماء للثقة في التعامل معه.

البند الأول: موقف الفقهاء من بيع مال المدين وقسمته بين الغرماء

اتفق الفقهاء⁽¹⁾ القائلون بجواز الحجر على المدين المفلس على أن للحاكم بيع مال المفلس ليوفي به حقوق الغرماء. ويستحب أن يحضر المفلس البيع لمعان أربعة⁽²⁾: أولها: ليحصى ماله، فيسهل ضبطه. والثاني: لأن المدين أعرف بثمن متاعه، وجيده وربيئه. والثالث: لتكثر الرغبة فيه، لأن شراءه من صاحبه أحب إلى المشتري. الرابع: في حضوره تطيب لنفسه، وإسكان لقلبه.

ويستحب حضور الغرماء أيضا لأمر أربعة: أولها: أن البيع إنما يتم لصالحهم. والثاني: أنهم ربما رغبوا في شراء شيء منه فزادوا في ثمنه، فيكون أصلح لهم وللمفلس. والثالث: أنه أطيب لقلوبهم وأبعد عن التهمة. والرابع: أنه ربما يكون فيهم من يجد عين ماله، فيأخذه.

ويجعل الحاكم بيع ما يخاف عليه بتأخيره الفساد، أو التغير عن الحالة التي هو عليها، أو كساده؛ كالفواكه وسائر المأكولات الطازجة. ويجعل كذلك ببيع الحيوان؛ لأنه قد يتغير مع احتياجه إلى العلف. ثم

¹ - السرخسي، المبسوط، ج24، ص/ 164. الخطاب، مرجع سابق، ج5، ص/ 39. زكريا الأنصاري، مرجع سابق، ج3، ص/ 106. ابن تيمية، مرجع سابق، ج3، ص/ 420.

² - د/ عبد الرزاق السنهوري، مرجع سابق، ج5، ص/ 131.

يبيع السلع والأثاث؛ لأنه يخاف عليه وقد تتاله الأيدي. ويتأني في بيع العقار؛ لأنه إذا تَوَّني به كثر من يطلبه، على أن لا يتحرى الحاكم تعجيله عند الشافعية⁽¹⁾، ويجوز تأخيرها نحو الشهرين عند المالكية⁽²⁾.
وتباع كل سلعة في سوقها، حتى لا يبخر في ثمنها، ولأن أهل السوق أعرف بقيمة المتاع، وتطلب السلعة في سوقها أكثر مما تطلب خارجه.

وأشير في هذا الموضوع إلى أن الحجر وإن أدى إلى الحيلولة بين المدين وماله، إلا أن الفقهاء⁽³⁾ انفقوا على أن يترك للمفلس مجموعة كاملة عادية من ثيابه التي يحتاج إليها عادة، كما يترك له نفقته، ونفقة من تلزمه النفقة عليه من زوجة، وأقارب. وتترك له آلة صنعته التي لا بد له منها في التكسب. ويترك للعالم كتبه التي يحتاج إلى مراجعتها ومطالعتها، بشرط أن لا تكون ذات قيمة كبيرة. ويترك له مسكن بسيط يؤويه، ولا يجبر على التكسب لما روي عن أبي سعيد قال: «أصيب رجل في عهد رسول الله صلى الله عليه وسلم في ثمار ابتاعها، فكثر دينه، فقال رسول الله صلى الله عليه وسلم: «تصدقوا عليه» فتصدق الناس عليه، فلم يبلغ ذلك وفاء دينه. فقال رسول الله صلى الله عليه وسلم لغرمائه: «خذوا ما وجدتم، ليس لكم إلا ذلك»⁽⁴⁾.

أما قسمة المال الحاصل من بيع ممتلكات المفلس بين الغرماء، فلا خلاف فيها بين الفقهاء، وقد فصلها الخرشي⁽⁵⁾ على النحو التالي: «وقسم مال المفلس المجتمع من أثمان ما بيع... إما بنسبة الديون بأن ينسب كل دين لمجموع الديون، فلو كان لشخص مائة، ولآخر خمسون، ولآخر مائة وخمسون. ومال المفلس مائة وعشرون، فنسبة دين الأول لمجموع الديون ثلث فيأخذ أربعين، ونسبة الثاني سدس فيأخذ عشرين، ونسبة الثالث النصف فيأخذ ستين. ويحتل طريقاً آخر؛ وهو نسبة مال المفلس لجملة الديون، وطريق ذلك أن تعلم كمية مال المفلس، ثم نعلم كمية الديون اللازمة لذمته، ثم تنسب مال المفلس إلى مجموع الديون. فبتلك النسبة يأخذ كل غريم من دينه».

1 - الجويني، نهاية المطلب في دراية المذهب، ج6، ص/ 391.

2 - الخرشي، مرجع سابق، ج5، ص/ 271.

3 - تفصيل ما يترك للمفلس مأخوذ من مصادر المذاهب الأربعة السابقة الذكر.

4 - رواه البيهقي في السنن الصغير، كتاب البيوع، باب الحجر على المفلس وبيع ماله في ديونه، ج2، ص/ 293 (2053).

5 - الخرشي، مرجع سابق، ج5، ص/ 271.

وإذا فرغ الحاكم من قسمة المال ثم طرأ غريم آخر، سواء علم به الغرماء أم لا، فإنه يرجع على كل واحد منهم بالحصة التي تقدر له من مجموع المال قبل القسمة كما لو كان حاضرا⁽¹⁾، ويستوي في المحاسبة من طلب الحجر على المدين، ومن لم يطلب.

البند الثاني: الحماية التي يكفلها بيع مال المدين وقسمته بين الغرماء للثقة في التعامل معه

يتحقق المقصد الأعظم من الحكم بتفليس المدين ببيع ماله، حتى تؤدي حقوق غرمائه منه، فيتم البيع في حضرة المدين لتطبيب خاطره، ولقطع عذره باستقصاء الثمن عن طريق المزاد العلني كي يباع بأعلى سعر ممكن⁽²⁾، كما يستحب حضور الغرماء أيضا. ويقدم بيع ما يخشى فساده على ما لا يخشى عليه صيانة لمال المدين عن التلف، وبالأخص بعد رفع يده عنه. وهذه الإجراءات تحمي ثقة الدائنين، والمدين على حد سواء، فهي تضمن إتمام عملية البيع بشفافية تامة، مع تحري المحافظة على مال المدين وقيمه.

والفقه الإسلامي ينظم التفليس تنظيما جماعيا يحمي به حقوق الدائنين، ويحقق بواسطته العدالة الفعلية بينهم، وذلك بقسمة المال الحاصل من بيع ممتلكات المدين بينهم بالمحاسبة⁽³⁾، فلا يستأثر غريم بالمال دون غيره. وفي هذه العدالة حماية لثقة الدائنين بتكافؤ حصصهم من مال المدين. ورغم هذه الأحكام التي قررها الشارع على مال المدين، فإن الفقه الإسلامي ينظر إلى المدين بعين الشفقة، حيث تكفل له بنفقته ونفقة من يعول، وترك له مسكنا، وآلة تكسب تعينه على تدبير شؤونه، وتغيير حاله من الإعسار إلى اليسار، وفي هذا حماية لثقة المدين برحمة الشريعة الإسلامية به، بضمان الحد الأدنى لعيشه رغم إفلاسه.

الفرع الرابع: حماية الثقة بحلول الديون المؤجلة على المدين

أقر الشارع الناس على التداين، وبصح تأجل سداد الديون بشرط تحديد آجالها، نفيا لشبهة الغرر في تعاملهم. لكن في حال تفليس المدين هل يحتفظ بالأجل في الدين، أم يلغى؟ وفي هذا الفرع سأذكر موقف الفقهاء من حلول الديون المؤجلة على المدين، ثم أبين الحماية التي يكفلها حلول الديون المؤجلة على المدين للثقة في المعاملات المالية.

البند الأول: موقف الفقهاء من حلول الديون المؤجلة على المدين

اتفق الفقهاء على أن الديون التي للمفلس لا تحل بتفليسه، أما التي عليه فهي محل خلاف بينهم.

1 - نفس المرجع، ج5، ص/ 274.

2 - محمد سكمال المجاجي، المذهب من الفقه الماكي وأدلته، ج2، ص/ 614.

3 - د/ عبد الرزاق السنهوري، مرجع سابق، ج5، ص/ 140.

فالمالكية⁽¹⁾ يرون أن الحكم بتفليس المدين ينتج عنه حلول الديون المؤجلة، والسبب في نظرهم هو أن ذمة المدين قد خربت لما تعلق بها من الدين، وسداد الديون الحالة قد يستوعب مال المدين، فيتضرر أصحاب الديون المؤجلة بنفاذ ماله، ودفعاً لهذا الضرر تحل ديونهم فيشاركون أصحاب الديون الحالة في ماله، إلا أن يكون المدين قد اشترط عدم حلولها أثناء التعاقد، فيُعمل بشرطه.

وذهب الحنفية⁽²⁾ إلى عدم حلول الديون المؤجلة على المدين، وأن ماله يقسم بين الغرماء الذين حلت ديونهم، لكن إذا حل أجل الديون المؤجلة شارك أصحابها الذين حلت ديونهم فيما قبضوا بالحصص، وهذا الرأي قريب من رأي المالكية.

أما الشافعية⁽³⁾ والحنابلة⁽⁴⁾، فذهبوا إلى أن الديون المؤجلة لا تحل بالحجر، بل تبقى على آجالها؛ لأن المقصود من الأجل هو التخفيف ليكتسب في مدته ما يسدد به، فهو حق له، وأن ذمة المدين تخرب بالموت لا بالحجر. ولا يدخر من مال المدين شيء للديون المؤجلة، ويبقى المؤجل في الذمة إلى وقت حلوله، فإن حل قبل أن يقتسم الغرماء، التحق بما كان قد حل، فيكون له محاصتهم في مال المدين.

البند الثاني: الحماية التي يكفلها حلول الديون المؤجلة على المدين للثقة في التعامل معه

حق الأجل في الدين متصل بشخص المدين في الفقه الإسلامي، فقد نظر الدائن فيه إلى شخص المدين فأنظره لأمانته، أو لملاءته، أو للشفقة عليه، أو لإسداء الجميل إليه⁽⁵⁾. وهذه الاعتبارات كلها شخصية أقرها الفقه الإسلامي، فهو لا يغفل عن مثلها في التعاملات المالية. وإلى جانب إقراره للأجل في الدين، أمر بالوفاء عند حلول الأجل. وفي حالة إفسار المدين وتعذر الوفاء عند حلول الأجل، تتزعزع ثقة الدائن في قدرة المدين على سداد الدين.

كما يترجح عندي رأي المالكية القائل بحلول الديون المؤجلة على المدين إذا ما حكم بتفليسه، لأن سداد الديون الحالة قد يستوعب مال المدين، فيتضرر أصحاب الديون المؤجلة بنفاذ ماله. ودفعاً لهذا الضرر تحل ديونهم فيشاركون أصحاب الديون الحالة في ماله، إلا أن يكون المدين قد اشترط عدم حلولها أثناء التعاقد، فيُعمل بشرطه. وهذا موقف سديد من المالكية في حماية ثقة الدائنين المؤجلة ديونهم، حيث ساووههم بالذين حلت ديونهم في المحاصة بالدين، بل وذهب إلى أبعد من ذلك في حماية ثقة الدائنين إذا

1 - الخرخشي، مرجع سابق، ج5، ص/ 266.

2 - لجنة علماء برئاسة نظام الدين البلخي، الفتاوى الهندية، دار الفكر، ط2: 1310هـ، ج5، ص/ 46.

3 - زكريا الأنصاري، مرجع سابق، ج3، ص/ 107.

4 - المرادوي، ج5، ص/ 307.

5 - د/ عبد الرزاق السنهوري، ج5، ص/ 64.

طراً غريم آخر للمدين شارك الغرماء في المال، وإن تمت قسمته بينهم يرجع على كل واحد منهم بالحصة التي تنوبه.

الفرع الخامس: حماية الثقة باسترداد الدائن عين ماله إذا وجده في مال المدين

يشمل مال المدين جميع ممتلكاته، ويستوي فيه ما دفع ثمنه، وما كان ثمنه ديناً في ذمته. وفي هذا الفرع سأحدث عن موقف الفقهاء من استرداد الدائن عين ماله إذا وجده في مال المدين، ثم أبين الحماية التي يكفلها استرداد الدائن عين ماله إذا وجده في مال المدين.

البند الأول: موقف الفقهاء من استرداد الدائن عين ماله إذا وجده في مال المدين

الأصل فيمن باع عيناً ولم يقبض ثمنها، أنه ليس له فسخ البيع لعدم حصوله على الثمن، بل يطالب المشتري بالثمن، وينفذ به على ماله. لكن إذا أفلس المشتري، ففي جواز الفسخ خلاف بين الفقهاء. فذهب الحنفية⁽¹⁾ إلى أن من باع سلعة ولم يقبض ثمنها حتى أفلس المشتري، فليس له فسخ البيع واستردا سلعته، ولو عثر عليها في مال المفلس؛ لأن ملكه قد زال عنها وخرجت من ضمانه، ولم يبق له تعلق بعين السلعة، بل ببدلها، وهو دين في ذمة المدين، فيصير بذلك غريماً كسائر غرماء المدين يطالبه بدين في ذمته.

وذهب الجمهور من المالكية⁽²⁾، والشافعية⁽³⁾، والحنابلة⁽⁴⁾ إلى أن الغريم إذا وجد عين ماله عند المفلس فله أن يفسخ البيع ويسترده، ولا يتحمل فيه محاصة الغرماء، بشرط أن يجده على الصفة التي اشتراه عليها، وأن لا يتعلق بها حق للغير، وأن يكون المفلس حياً، فإن مات لم يبق للبايع حق في الفسخ.

ودليلهم في هذا الحكم هو قول رسول الله صلى الله عليه وسلم: «أيما رجل باع سلعة فأدرك سلعته بعينها عند رجل، وقد أفلس، ولم يكن قبض من ثمنها شيئاً فهي له، وإن كان قبض من ثمنها شيئاً، فهو أسوة الغرماء»⁽⁵⁾. وهذا الحديث نص في جواز فسخ البيع واسترداد المبيع، لدلالته الصريحة على حكمه. ومحل اتفاق الجمهور على جواز الفسخ، إذا لم يفد الغرماء المبيع بدفع ثمنه إلى البايع. أما إذا افتدوه ففي ثبوت الخيار للبايع خلاف بينهم، حيث ذهب المالكية⁽¹⁾ إلى أن للغرماء افتداء المبيع ولو بمالهم، وإن كان بمال المفلس فأولى، فإن دفعوا الثمن إلى المفلس انقطع حقه في فسخ البيع.

1 - جمال الدين علي ابن يحي الأنصاري، مرجع سابق، ج2، ص/ 589.

2 - الإمام سحنون، مرجع سابق، ج4، ص/ 85.

3 - الشيرازي، المهذب، ج2، ص/ 116، 117.

4 - موفق الدين ابن قدامة المقدسي، المغني، ج4، ص/ 307.

5 - سبق تخريجه في الصفحة 111.

وعند الشافعية⁽²⁾، والحنابلة⁽³⁾ إن بذل الغرماء الثمن لصاحب السلعة ليعتدها لم يلزمه قبوله، وفي هذا ضرر آخر لأنه لا يؤمن تجدد ثبوت دين آخر، فيرجع عليه بمثل ما بذل الغرماء. لكن إذا دفعوا الثمن إلى المفلس فبذله للبائع، لم يكن له الفسخ؛ لزوال العجز عن تسليم الثمن عند الحنابلة، ولا يسقط حق البائع في الخيار بعد ثبوته له عند الشافعية.

البند الثاني: الحماية التي يكفلها استرداد الدائن عين ماله إذا وجده في مال المدين

ذكرت فيما سبق أن البيع ينعقد بمجرد توافق الإيجاب والقبول؛ أي أن البائع يثبت له الحق في الثمن، والمشتري يثبت له الحق في السلعة، سواء تم استلام العوضين أم لم يتم، لكن إذا باع شخص سلعة بدين في الذمة وسلمها إلى المشتري، ثم أعسر ذلك الأخير ففي هذه الحالة يمنح للبائع حق الخيار في استرداد سلعته إذا كانت قائمة ما لم يتعلق بها حق للغير، أو في مشاركة غيره من الغرماء في مال المدين، وقد أقر المالكية، والشافعية، والحنابلة هذا الحكم على خلاف الأصل، لقوة الدليل الذي يستند إليه من جهة، ولما يحققه من مصلحة في حماية حق البائع الذي وجد سلعته بعينها، على حالتها وقت البيع، وقد تعذر على المشتري تسليم العوض، فإن حقه معلق بعينها، ولا داعي لأن يحتمل فيها محاصة الغرماء.

وفي هذا الحكم حماية لثقة الدائن صاحب السلعة، بتسليطه على عين ماله مادام على حالته الأولى، فيقدم حقه على حق سائر الغرماء، كما أن تخييره يتيح له النظر في مصلحته، فيختار ما يحققها.

أما في حالة فداء الغرماء المبيع بدفع ثمنه إلى البائع، فيلزمه أخذه، وترك السلعة للغرماء، لأن تسليط البائع على سلعته إنما كان سببه تعذر الحصول على العوض، وقد ارتفع فلا يبقى له خيار في الفسخ. وفي هذه الحالة تقدم مصلحة الغرماء في الإبقاء على السلعة في ملك المدين، حماية لثقتهم بتمام الإحاطة بماله.

المطلب الرابع: حماية الثقة بتقييد تصرفات المدين قبل التفليس عند المالكية

ذكرت فيما سبق أن جمهور الفقهاء غير المالكية اشترطوا للحجر على المدين المفلس أن يرفع

1 - الدسوقي، مرجع سابق، ج3، ص/ 283.

2 - الشيرازي، المهذب، ج2، ص/ 117.

3 - موفق الدين ابن قدامة المقدسي، المغني، ج4، ص/ 308.

الدائنين أمرهم إلى الحاكم ليصدر الحكم بتفليسه، وهذه الخطوة منهم ضرورية لذاك الحكم بل هو موقف عليها. لكن المالكية ذهبوا إلى أبعد من ذلك في حفظ حقوق الدائنين حيث لم يغفلوا عن تصرفاته قبل الحجر بعد إحاطة الدين بماله.

وفي هذا المطلب سأنتظر لهذا الموقف الذي تبناه المالكية، بالتحدث عن تقييد تصرفات المدين قبل التفليس عندهم، ثم أبين الحماية التي يكفلها تقييد تصرفات المدين قبل التفليس للثقة في التعامل معه.

البند الأول: تقييد تصرفات المدين قبل التفليس عند المالكية

لما كان الأصل في التصرفات المالية لعامة المكلفين الجواز استصحاب الجمهور من الحنفية⁽¹⁾، والشافعية⁽²⁾، والحنابلة⁽³⁾ ذاك الأصل في حالة إحاطة الدين بمال المدين قبل صدور الحكم بتفليسه، فأفروا جميع تصرفاته في ماله، بشرط أن لا يكون قد حجر عليه لسبب آخر غير الدين. فله أن يبيع ويشترى، بل له أن يهب ماله لمن يشاء، وتكون هبته صحيحة نافذة متى استوفت شرائطها، مع أن الهبة واضحة الضرر بحقوق الدائنين⁽⁴⁾، لأنه رشيد غير محجور عليه فنفذ تصرفه كغيره. وليس للدائنين منع تصرفات المدين الضارة بهم دون أن يطلبوا من الحاكم تفليسه؛ لأن سبب المنع هو الحجر فلا يتقدم على سببه.

أما المالكية لشدة حرصهم على حفظ حقوق الدائنين استقصوا أحوال المدين قبل وبعد التفليس، ومما يدل على هذا الموقف ما جاء في بداية المجتهد⁽⁵⁾: "فأما المفلس فله حالان: حال في وقت الفلاس قبل الحجر عليه، وحال بعد الحجر. فأما قبل الحجر، فلا يجوز له أتلاف شيء من ماله عند مالك بغير عوض إذا كان مما لا يلزمه، ومما لا تجري العادة بفعله".

وهذه الحالة تضاف إلى ما ذكرناه في أنواع التفليس عند المالكية في المطلب الأول من هذا المبحث ليكون مجموع أحوال المدين الذي استغرق الدين ماله ثلاثة أحوال، أوردها صاحب الشرح الصغير⁽⁶⁾، حيث قال: "واعلم أن لمن أحاط الدين بماله ثلاثة أحوال: الأولى قبل التفليس؛ وهي منعه، وعدم جواز التصرف في ماله... الحالة الثانية تفليس عام؛ وهو قيام الغرماء عليه... الحالة الثالثة تفليس خاص؛ وهو خلع ماله لغرمائه".

¹ - بدر الدين العيني، مرجع سابق، ج11، ص/ 121.

² - النووي، مرجع سابق، ج13، ص/ 343.

³ - موفق الدين ابن قدامة المقدسي، المغني، ج4، ص/ 329.

⁴ - د/ عبد الرزاق السنهوري، مرجع سابق، ج5، ص/ 148.

⁵ - ابن رشد الحفيد، مرجع سابق، ج4، ص/ 68.

⁶ - الدردير، أعلى بلغة السالك، مرجع سابق، ج3، ص/ 345.

يستنتج من هذا القول أن الحالتان الأوليان تسبقان حكم الحاكم بالحجر على المدين، فتقيّد تصرفاته في ماله من غير توقف على حكم الحاكم. غير أن هذا الحكم ليس على إطلاقه، بل هو مقيد بشروط⁽¹⁾:

الأول: أن يقطع بإحاطة الدين بمال المدين، وتتحقق هذه الإحاطة بأن يتساوى مجموع الديون مع ماله، أو يزيد عليه، ويعلم ذلك علما قاطعا لا شك فيه. ويستوي في ذلك أن يكون صاحب الدين متعددا أو منفردا. كما يستوي أن يكون الدين حالا أو مؤجلا، فإذا ادعى المدين الملاءة لم تنقيد تصرفاته؛ لأنها الأصل فيه. وللحاكم في هذه الحالة أن يكشف عن حاله⁽²⁾. فإن وجد في ماله وفاء لم يمنع، وإلا منع.

الثاني: أن يعلم المدين وقت التصرف أن الدين قد أحاط بماله، أما إذا كان يعتقد أن الدين غير محيط بماله، بل لو كان لا يدري هل يفي ماله بما عليه من الديون أم لا، لم يمنع من التصرف في ماله، حتى يعلم يقينا أن الدين محيط بماله⁽³⁾. لأن هذا المنع خلاف الأصل، فلا يثبت إلا باليقين.

الثالث: أن يكون التصرف الصادر من المدين ضارا بحقوق دائنيه، فلا يجوز له التصرف في ماله بغير عوض إذا كان هذا التصرف لا يلزمه، ولم تجر العادة بفعله. فليس له أن يهب ماله؛ لأن الهبة تضر الدائنين، فلا تنفذ في حقهم، لكن يجوز له التصرف تبرعا بما يلزمه؛ كنفقته على من تجب عليه نفقته، وبما جرت العادة بفعله؛ كالأضحية والنفقة في العيد الصدقة اليسيرة⁽⁴⁾.

وبجوز له البيع والشراء بغير محاباة؛ لأن المحاباة تبرع وهو ضار بحقوق الدائنين، ويعد من هذا القبيل جميع التصرفات التي لا يظهر فيها قصد المحاباة.

أما في حالة التفليس العام، فيتحقق المنع بقيام الغرماء على المدين دون أن يطلبوا من الحاكم الحجر عليه، فينفذونه عليه بالحبس، ويحولون بينه وبين ماله. وفي هذه الحالة تكون تصرفات المدين أكثر تقييدا من الحالة السابقة⁽⁵⁾.

الفرع الثاني: الحماية التي يكفلها تقييد تصرفات المدين في ماله قبل التفليس في التعامل معه

انفرد فقهاء المالكية بالنظر في حال المدين بعين الرقابة، بقدر ما يكفل مصلحة الدائنين في ضمان حقوقهم. فالتصرفات الشرعية شرعت لمصالح العباد، والمصلحة تتعلق بالإطلاق مرة، وبالحجر مرة أخرى.

والأصل في التداين هو شغل ذمة المدين بحقوق من تعامل معهم على أساس المعاوضة، وقد

1 - د/ عبد الرزاق السنهوري، مرجع سابق، ج5، ص/ 150.

2 - الخرخشي، مرجع سابق، ج5، ص/ 263.

3 - الحطاب، مرجع سابق، ج5، ص/ 35.

4 - ابن رشد الحفيد، مرجع سابق، ج4، ص/ 68.

5 - د/ عبد الرزاق السنهوري، مرجع سابق، ج5، ص/ 155.

تتراكم تلك الديون حتى تستغرق مال المدين. والمالكية ينظرون إلى الضمان الأول لحقوق الغرماء؛ وهو الغطاء المالي للدين المتمثل في ممتلكات المدين، وفي حالة استغراقه يصبح ذلك المال كالعين المرهونة التي يتعلق بها حق المرتهن، وهذا التعلق يوجد بمجرد إحاطة الدين به، فلا يحتاج إلى حكم حاكم. وفي هذا حماية لثقة الدائنين بالإبقاء على مال المدين، فهو الضمان المتاح لاستيفاء حقوقهم بمجرد الإعسار، فلا ينتظرون حكم الحاكم؛ لأن استمرار المدين في التعامل إلى حين صدور حكم التفليس، قد يتلف جزء معتبر من ماله يؤدي إلى الإضرار بدائنيه.

كما أنهم قالوا بتقييد تصرفات المدين في تلك الحالة، لا بمنعها على الإطلاق، إذ اشترطوا علم المدين، وكون التصرف ضارا بالدائنين. فهذه الشروط كفيلة بحماية ثقة المدين بإطلاق يده في التعامل فيما يبسر له تدبير شؤون حياته من جهة، ومن جهة أخرى يعد بمثابة إشعار للمدين بما قد يؤول إليه حاله إذا استمر على نفس الوتيرة في التعامل.

وفي ختام هذا المبحث أخلص إلى أن تفليس المدين يؤدي دورا مهما في الحفاظ على حقوق الناس وأموالهم، وإلى جانب هذا الدور يوفر حماية كبيرة للثقة العامة في المعاملات المالية عموما، فالحجر على المدين بسبب إحاطة الديون بماله يعد بمثابة رادع له حتى لا يفرط في الاستدانة، وهو في الوقت ذاته زاجر لغيره فيكون له فيه عبرة.

الختامة

فهذا حصاد بحثي الموسوم بـ: حماية الثقة في المعاملات المالية في الشريعة الإسلامية- تأصيلاً وتنزيلاً-، أسجله فيما يلي:

حماية الثقة في المعاملات المالية الشرعية تعني: تكفل الشارع بالحفاظ على الأطر العامة التي

تنظم سير المعاملات المالية، وضمان نتائجها بشكل يؤمن حقوق المتعاملين فيها بحسن نية، وحسم منفذ أي خلل قد يزعزع استقرارها. وهذه الثقة تولد في نفوس المتعاملين دوافع إنسانية، تجعل أسلوب التعامل الاقتصادي أكثر انسجاماً مع الجوانب الأخلاقية والروحية، ولا يخفى ما لهذا الانسجام من أهمية في ازدهار الاقتصادي. وإلى جانب هذا الدور توفّق تلك الحماية بين عاملين أساسيين في ميدان التعامل المالي هما: العدالة بين المتعاملين، واستقرار العقود وثبات نتائجها.

خلصت في الفصل الأول إلى الأصول الشرعية التي يبني عليها هذا المبدأ، والتي تتمثل في:

1/ عناية الشارع بضبط أشكال العقود وأثارها، ينتج عنه إبعاد كيان العقود عن الزعزعة والاضطراب. مما يدل على قصد الشارع إلى الحفاظ على استقرارها، ورعاية عامل الثقة فيها.

2/ بناء عقد البيع على الركن الوحيد الذي تتضمنه الماهية " الإيجاب والقبول"، ينتج عنه تضيق منافذ الخلل إليه، وهذا الأخير يصب في مجرى استقرار العقود، الذي يعد أحد الشواهد الشرعية على اعتبار مبدأ حماية الثقة في المعاملات المالية.

3/ تأسيس أحكام العقود على البواعث الظاهرة فيه دلالة واضحة على رعي الشارع لناحية الثقة فيها؛ والناس يثقون بالظاهر وبطمئنون إليه، لأنه القدر المتيقن منه.

4/ القوة الملزمة لبعض العقود، عامل جوهري في تأمين ثقة المتعاملين بها؛ لأنها تبعد العقد عن المخاطرة والغرر، كما تتحقق تلك الثقة بانتظام العلاقة بين طرفي العقد، ومنع وقوع المنازعات بينهما. وهذا اللزوم يوجد حيث تُحتمل زعزعة الثقة بسبب حصول الضرر لتخلف الوفاء بمحل التعهد، وينتفي حيث لا يخشى عليها. الأمر الذي يدل على العلاقة الوثيقة بين صفة اللزوم في العقود، وتأمين الثقة فيها.

5/ شرعت الخيارات في العقود لتكون استثناء من أصل اللزوم، وهي تتصل بالعقود اتصالاً وثيقاً في جميع المراحل التي تمر بها ابتداءً بمرحلة الإنشاء، وانتهاءً بمرحلة التنفيذ، وهذا الاتصال يدل على رعاية الشارع لثقة المتعاملين في جميع أدوار العقد بإعطائهم فسحة للتروي والاستخارة والاستشارة، ليتسنى لهم معاينة السلع والوقوف على ما يتعلق بها وبالتعامل فيها.

6/ قرر الشارع البطلان في العقود حفاظاً على نظامها الشرعي، بسلب نتائجها وإفقادها قيمتها واعتبارها بالرغم من وجودها الحسي، غير أن الأحكام التنظيمية للعقد ليست كلها في مستوى واحد، فبعضها

رئيسي وهام يدخل في جوهر العقد، وبعضها الآخر ثانوي لا يدخل في جوهر العقد، فإن كانت المخالفة في الأمور الجوهرية بطل العقد، أما إذا كانت في أمور ثانوية لا يبطل، وهذا الحكم يدل على حماية الشارع لثقة الناس في معاملاتهم بإمضاء تصرفاتهم ما أمكن.

7/ يتمسك الفقه الإسلامي بثبات العقود قدر الإمكان، فلا يحكم بالبطلان إلا على ما لم يكن فيه سبيل للتصحيح، كالحكم بتجزؤ العقد الباطل، وتحول العقد الباطل إلى عقد صحيح بصورة أخرى، وهذا التمسك يدل على حماية ثقة المتعاملين، باعتبار أن آثار ما كان فيها على الوجه الصحيح مكفولة، ولو نازعه البطلان.

وفي الفصل الثاني، خلصت من دراسة نماذج خصبة تتجلى فيها رعاية الشارع للثقة في المعاملات المالية بوضوح، إلى:

1/ أن اختلال الإرادة الحقيقية للعائد بسبب طرود أحد عيوب الرضا، ينتج عنه ظهور تنافٍ بين احترام الإرادة الحقيقية للعائد الذي عيبت إرادته، واستقرار التعامل وهذا خلاف الأصل - الأصل فيها التوافق لا التعارض - وهنا تظهر عناية الشارع بالثقة في المعاملات حيث يقف الفقه الإسلامي ما بين عاملي "احترام الإرادة الباطنة" و"استقرار التعامل" موقفا معتدلا ومتوازنا، فحيثما اتصفت الإرادة الحقيقية بالموضوعية، أو لاها الاعتبار الأول حماية لثقة العائد الذي عيبت إرادته، وضمانا لحقه بحل العقد من جهته، وليس في هذا إخلال باستقرار التعامل، فهما على نفس القدر من الموضوعية، مما يستوجب النظر إليها كأساس معتبر في التعاقد.

لكن في حالة اتصاف الإرادة الحقيقية بالذاتية، يعدل الفقه الإسلامي عنها ليعتد بالإرادة الظاهرة، حرصا منه على الحفاظ على استقرار التعامل لاتصافه بالموضوعية، وبهذا يحمي ثقة العائد الآخر الذي بُني العقد من جهته على أساس الإرادة الظاهرة، فيكون في الحكم بلزوم العقد تحقيقا للمصلحة التي قصد إلى تحصيلها من وراء العقد.

2/ ويظهر اعتماد الفقه الإسلامي هذا المبدأ، في إيجاد حلول لحالات خارجة عن الأصل المتعارف عليه في التعامل، ففي أحيان كثيرة يتبين بعد تمام العقد أن الوضع الظاهر من أحوال العائد والمعقود عليه غير حقيقي؛ كحالتها تجاوز حدود الوكالة، والاستحقاق بالغصب، فيكون لإعمال هذا المبدأ دور مهم في كفالة حقوق المتضررين، ودفع النزاع والخصومة.

3/ يؤدي تقليص المدين دورا مهما في الحفاظ على حقوق الناس وأموالهم، وإلى جانب هذا الدور يوفر حماية كبيرة للثقة العامة في المعاملات المالية عموما، فالحجر على المدين بسبب إحاطة الديون بماله يعد بمثابة رادع له حتى لا يفرط في الاستدانة، وهو في الوقت ذاته زاجر لغيره فيكون له فيه عبرة.

والفقه الإسلامي ينظم التفليس تنظيمًا جماعيًا يحمي به حقوق الدائنين، ويحقق بواسطته العدالة الفعلية بينهم، وذلك بقسمة المال الحاصل من بيع ممتلكات المدين بينهم بالمحاصة، فلا يستأثر غريم بالمال دون غيره. وفي هذه العدالة حماية لثقة الدائنين بتكافؤ حصصهم من مال المدين.

وقد استقصى الفقهاء أحوال المدين قبل وبعد التفليس، ومما يدل على حرصهم الشديد على حفظ حقوق الدائنين، الذي يعد من باب أداء الأمانة إلى أهلها، فقيدوا تصرفات المدين قبل الحجر إذا كان فيها إضرار بتلك الحقوق، وهذا إذا ما دل على شيء فإنما يدل على عناية الشارع الكبيرة بحماية الثقة في التعامل في إطار المداينة.

وفي الختام أقدم بعض التوصيات والمقترحات، التي أتمنى أن تحظى بعناية المختصين والباحثين في مجال التعامل المالي.

1/ مقارنة تطبيقات هذا المبدأ بموقف القانون الوضعي، فقد قذفت الحياة المعاصرة بمئات المشكلات والمسائل المستجدة التي تتطلب الإجابة الشرعية، وقد بلورت نظريات قانونية عديدة لاستيعاب كل ذلك وتأطيره، ونحن أمام هذا الوضع بحاجة ماسة إلى فحص تطبيقات هذا المبدأ، وإثبات جدارة الفقه الإسلامي في إيجاد حلول متوازنة لا إفراط فيها ولا تفريط.

2/ ربط تطبيقات هذا المبدأ بأوضاع اقتصادية عملية، لإظهار الدور المهم الذي يؤديه الفقه الإسلامي في تحقيق ازدهار الاقتصاد، من خلال حماية الائتمان في المعاملات المالية.

قائمة المصادر والمراجع

أولاً/ القرآن الكريم وتفسيره وعلومه:

القرآن الكريم، برواية حفص عن نافع.

- 1- أبو جعفر محمد بن جرير بن زيد (الطبري)، جامع البيان في تأويل القرآن، تحقيق: أحمد محمد شاكر، مؤسسة الرسالة، ط1: 1420هـ- 2000م.
- 2- شهاب الدين محمود بن عبد الله الحسيني(الألوسي)، روح المعاني في تفسير القرآن العظيم والسبع المثاني، تحقيق: علي عبد الباري عطية، دار الكتب العلمية- بيروت، ط1: 1415هـ.
- 3- القاضي محمد بن عبد الله أبو بكر ابن العربي، أحكام القرآن، راجعه: محمد عبد القادر عطا، دار الكتب العلمية - بيروت، ط3: 1424- 2003م.

ثانياً/ متون الحديث وشروحه:

- 1- أبو الحسن علي بن عمر(الدارقطني)، سنن الدارقطني، حققه وضبط نصه وعلق عليه: شعيب الأرنؤوط، حسن عبد المنعم شبلي، عبد اللطيف حرز الله، أحمد برهوم، مؤسسة الرسالة- بيروت، ط1: 1424هـ- 2004م.
- 2- أبو الحسن مسلم بن الحجاج النيسابوري، المسند الصحيح المختصر بنقل العدل عن العدل إلى رسول الله صلى الله عليه وسلم ، تحقيق: د/ فؤاد عبد الباقي، دار إحياء التراث العربي- بيروت، (بدون طبعة).
- 3- أبو الفضل أحمد بن علي(ابن حجر العسقلاني)، فتح الباري شرح صحيح البخاري، رقم كتبه وأبوابه وأحاديثه: د/محمد فؤاد عبد الباقي، أخرجه و صححه واشرف على طبعه: محب الدين الخطيب، دار المعرفة - بيروت، ط: 1379هـ.
- 4- أبو القاسم سليمان أحمد(الطبراني)، المعجم الكبير، تحقيق: حمدي بن عبد المجيد السلفي، مكتبة ابن تيمية - القاهرة، ط2، (بدون تاريخ الطبع).
- 5- أبو بكر عبد الله بن محمد(ابن أبي شيبة)، الكتاب المصنف في الأحاديث والآثار، تحقيق: كمال يوسف الحوت، مكتبة الرشد- الرياض، ط1: 1409هـ.
- 6- أبو داود سليمان بن الأشعث (أبو داود)، سنن أبو داود، تحقيق: محمد محي الدين عبد الحميد، المكتبة العصرية- صيدا، بيروت، (بدون طبعة).
- 7- أبو سليمان حمد بن محمد بن أبي إبراهيم (الخطابي)، معالم السنن، المطبعة العلمية- حلب، ط1: 1351هـ- 1932م.

- 8- أبو عبد الرحمان أحمد ابن علي النسائي، السنن الكبرى، تحقيق: حسن عبد المنعم شلبي، مؤسسة الرسالة - بيروت، ط: 1: 1421هـ- 2001 م.
- 9- أبو عبد الله الحاكم محمد بن عبد الله، المستدرک علی الصحیحین، تحقيق: مصطفى عبد القادر عطا، دار الكتب العلمية- بيروت، ط: 1: 1411هـ- 1990 م.
- 10- أبو عبد الله محمد بن إسماعيل (البخاري)، الجامع المسند الصحيح المختصر من أمور رسول الله صلى الله عليه وسلم وسننه وأيامه، تحقيق: زهير بن ناصر الناصر، دار طوق النجاة، ط: 1: 1422هـ.
- 11- أبو عبد الله محمد بن يزيد القزويني (ابن ماجه)، سنن ابن ماجه، تحقيق: محمد فؤاد عبد الباقي، دار إحياء الكتب العربية، فيصل البابي الحلبي، (بدون طبعة).
- 12- أبو عيسى محمد بن عيسى (الترمذي)، سنن الترمذي، تحقيق وتعليق: د/ أحمد شاکر، د/ محمد فؤاد عبد الباقي، د/ إبراهيم عطوة عوض، شركة مكتبة ومطبعة مصطفى البابي الحلبي - مصر، ط 2: 1395هـ- 1975 م.
- 13- أبو محمد عبد الله بن عبد الرحمان (الدارمي)، مسند الدارمي، تحقيق: حسين سليم أسد الداراني، دار المغني للنشر والتوزيع- المملكة العربية السعودية، ط: 1: 1412هـ- 2000 م.
- 14- أبو عبد الله أحمد بن محمد (ابن حنبل)، مسند الإمام أحمد ابن حنبل، تحقيق: د/ أحمد محمد شاکر، دار الحديث- القاهرة، ط: 1: 1416هـ .
- 15- احمد بن الحسين الخرساني (أبو بكر البيهقي)، السنن الكبرى، تحقيق: محمد عبد القادر عطا، دار الكتب العلمية - بيروت، ط: 3: 1424هـ- 2003 م.
- 16- أحمد بن الحسين بن علي (أبو بكر البيهقي)، السنن الصغير للبيهقي، تحقيق: عبد المعطي أمين قلعه جي، جامعة الدراسات الإسلامية - كراتشي - باكستان، ط: 1: 1410هـ- 1989 م.
- 17- مالك بن أنس بن مالك (الأصحبي)، موطأ الإمام مالك، تحقيق: بشار عواد معروف، محمود خليل، مؤسسة الرسالة، ط: 1412هـ.
- 18- محمد علي بن محمد (الصدیق الشافعي)، دليل الفالحين لطرق رياض الصالحين، اعتنى به: خليل مأمون شيحا، دار المعرفة- بيروت، ط: 1: 1425هـ- 2004 م.
- 19- محمد بن ناصر الدين (الألباني)، إرواء الغليل في تخريج أحاديث منار السبيل، أشرف عليه: زهير الشاويش، المكتب الإسلامي- بيروت، ط: 2: 1405هـ- 1985 م.

ثالثا/ كتب الفقه وأصوله وقواعد الفقه:

1. ف. د/ بدران أبو العينين بدران، تاريخ الفقه الإسلامي ونظرية الملكية والعقود، دار النهضة العربية-

- بيروت، (بدون طبعة).
- 2- د/ وهبة بن مصطفى الزحيلي، الفقه الإسلامي وأدلته، دار الفكر - دمشق، ط 4، (بدون تاريخ الطبع).
- 3- إبراهيم بن موسى بن محمد اللخمي (الشاطبي)، الموافقات، تحقيق: أبو عبيدة مشهور بن حسن آل سليمان، دار ابن عفان، ط: 1: 1417هـ - 1997م.
- 4- أبو إبراهيم إسماعيل بن يحيى (المزني)، مختصر المزني (الكتاب مطبوع ملحقا بكتاب الأم للإمام الشافعي)، دار المعرفة - بيروت، ط: 1410هـ - 1990م.
- 5- أبو إسحاق إبراهيم بن علي (الشيرازي)، التبصرة في أصول الفقه، تحقيق: د/ محمد حسن هيتو، دار الفكر - دمشق، ط: 1: 1403هـ.
- 6- أبو إسحاق إبراهيم بن علي بن يوسف (الشيرازي)، المهذب في فقه الإمام الشافعي، دار الكتب العلمية، (بدون طبعة).
- 7- أبو إسحاق إبراهيم بن محمد بن عبد الله، المبدع في شرح المقنع، دار الكتب العلمية - بيروت، ط: 1: 1418هـ - 1997م.
- 8- أبو الثناء شمس الدين محمود بن عبد الرحمان (الأصفهاني)، بيان المختصر شرح مختصر ابن الحاجب، تحقيق: محمد مظهر بقاء، دار المدني - السعودية، ط: 1: 1406هـ - 1986م.
- 9- أبو الحسن أحمد بن محمد بن أحمد (ابن المحاملي)، اللباب في الفقه الشافعي، تحقيق: عبد الكريم بن صنيان العمري، دار البخاري - المدينة المنورة، ط: 1: 1416هـ.
- 10- أبو الحسن برهان الدين علي بن أبي بكر (المرغيناني)، الهداية في شرح بداية المبتدي، تحقيق: طلال يوسف، إحياء التراث العربي - بيروت، (بدون طبعة).
- 11- أبو الحسن تقي الدين علي بن عبد الكافي (ابن السبكي)، تكملة المجموع شرح المهذب، دار الفكر، (بدون طبعة).
- 12- أبو الحسن علاء الدين علي بن سليمان (المرداوي)، التحبير شرح التحرير في أصول الفقه، تحقيق: د/ عبد الرحمن الجبرين، د/ عوض القرني، د/ أحمد السراح، مكتبة الرشد - الرياض، ط: 1: 1421 هـ - 2000م.
- 13- أبو الحسن علي بن الحسين (السغدي)، النتف في الفتاوى، تحقيق: د/ صلاح الدين الناهي، دار الفرقان، مؤسسة الرسالة - عمان، بيروت، ط: 2: 1404هـ - 1984م.

- 14- أبو الحسن علي محمد بن محمد (الماوردي)، الحاوي الكبير في فقه مذهب الإمام الشافعي، تحقيق: الشيخ علي محمد معوض، الشيخ عادل أحمد عبد الموجود، دار الكتب العلمية - بيروت، ط1: 1419هـ-1999م، ج5، ص/ 220.
- 15- أبو الحسين سيد الدين علي بن أبي علي (الآمدي)، الإحكام في أصول الأحكام، تحقيق: عبد الرزاق عفيفي، المكتب الإسلامي- بيروت، دمشق، (بدون طبعة).
- 16- أبو الحسين محمد بن علي البصري، المعتمد في أصول الفقه، تحقيق: خليل الميس، دار الكتب العلمية- بيروت، ط1: 1403هـ.
- 17- أبو الربيع سليمان بن عبد القوي (نجم الدين الطوفي)، شرح مختصر الروضة، تحقيق: عبد الله بن عبد المحسن التركي، مؤسسة الرسالة، ط1: 1407هـ-1987م.
- 18- أبو العباس أحمد بن محمد الخلوتي (الصاوي)، بلغة السالك لأقرب المسالك، دار المعارف، (بدون طبعة).
- 19- أبو العباس شهاب الدين أحمد (القرافي)، الذخيرة، تحقيق: محمد بوخبزة، دار الغرب الإسلامي- بيروت، ط1: 1994م.
- 20- أبو الفرج عبد الرحمان بن محمد (ابن قدامة المقدسي)، الشرح الكبير على متن المقنع، دار الكتاب العربي للنشر والتوزيع، أشرف على طباعته: محمد رشيد رضا صاحب المنار، (بدون طبعة).
- 21- أبو القاسم محمد بن أحمد ابن جزي، القوانين الفقهية في تلخيص مذهب المالكية، تحقيق: عبد الكريم الفضيلي، المكتبة العصرية- بيروت، ط1: 1420هـ- 2000م.
- 22- أبو المظفر منصور بن محمد (السمعاني التميمي)، قواطع الأدلة في الأصول، تحقيق: محمد حسن محمد إسماعيل الشافعي، دار الكتب العلمية- بيروت، ط1: 1418هـ-1999م.
- 23- أبو المعالي برهان الدين محمود بن أحمد (ابن مازة البخاري)، المحيط البرهاني في الفقه النعماني، تحقيق: عبد الكريم سامي الجندي، دار الكتب العلمية- بيروت، ط1: 1424هـ-2004م.
- 24- أبو المعالي ركن الدين عبد الملك بن عبد الله (إمام الحرمين الجويني)، كتاب التلخيص في أصول الفقه، تحقيق: عبد الله جولم النبالي، بشير أحمد العمري، دار البشائر الإسلامية- بيروت، (بدون طبعة).
- 25- أبو المعالي عبد الملك بن عبد الله (إمام الحرمين الجويني)، نهاية المطلب في دراية المذهب، تحقيق: أ.د/ عبد العظيم محمود الديب، دار المنهاج، ط1: 1428هـ-2007م.

- 26- أبو النجا موسى بن أحمد (شرف الدين المقدسي)، الإقناع في فقه الإمام أحمد بن حنبل، تحقيق: عبد اللطيف محمد موسى السبكي، دار المعرفة- بيروت، (بدون طبعة).
- 27- أبو الوليد محمد ابن أحمد (ابن راشد الحفيد)، بداية المجتهد ونهاية المقتصد، دار الحديث- القاهرة، ط: 1425هـ- 2004م.
- 28- أبو الوليد محمد بن أحمد (ابن رشد الجد)، المقدمات الممهدات، دار الغرب الإسلامي، ط: 1408هـ- 1988 م.
- 29- أبو الوليد محمد بن أحمد (ابن رشد الجد)، البيان والتحصيل، تحقيق: د/ محمد حجي وآخرون، دار الغرب الإسلامي- بيروت، ط: 1408هـ- 1988م.
- 30- أبو بكر محمد بن أحمد (علاء الدين السمرقندي)، تحفة الفقهاء، دار الكتب العلمية- بيروت، ط: 1414هـ- 1994م.
- 31- أبو جعفر محمد بن الحسن بن علي (الطوسي)، النهاية في مجرد الفقه والفتاوى، دار الكتاب العربي- بيروت، ط: 1400هـ- 1982م.
- 32- أبو حامد محمد بن محمد (الغزالي)، المستصفى، تحقيق: محمد عبد السلام عبد الشافي، دار الكتب العلمية، ط: 1413هـ- 1993م.
- 33- أبو حامد محمد بن محمد (الغزالي)، الوسيط في المذهب، تحقيق: أحمد محمود إبراهيم، محمد تامر، دار السلام- القاهرة، ط: 1417هـ.
- 34- أبو حفص سراج الدين عمر بن إسحاق (الغزنوي)، الغرة المنيفة في تحقيق بعض مسائل الإمام أبي حنيفة، مؤسسة الكتب الثقافية، ط: 1406هـ- 1986م.
- 35- أبو زكريا محي الدين يحيى بن شرف (النووي)، المجموع شرح المهذب، دار الفكر، (بدون طبعة).
- 36- أبو عبد الله شمس الدين بن محمد (الحطاب الرعيني)، مواهب الجليل في شرح مختصر خليل، دار الفكر، ط: 1412هـ- 1992م.
- 37- أبو عبد الله محمد بن أحمد (عليش)، منح الجليل شرح مختصر خليل، دار الفكر- بيروت، ط: 1409هـ- 1989م.
- 38- أبو عبد الله محمد بن إدريس (الشافعي)، الأم، دار المعرفة - بيروت، ط: 1410هـ- 1990م.
- 39- أبو عبد الله محمد بن الحسين بن فرقد (الشييباني)، المبسوط، تحقيق: أبو الوفا الأفغاني، إدارة القرآن والعلوم الإسلامية- كراتشي، (بدون طبعة).

- 40- أبو عبد الله محمد بن عمر (فخر الدين الرازي)، المحصول، تحقيق: د/ طه جابر فياض العلواني، مؤسسة الرسالة، ط3: 1418هـ- 1997م.
- 41- أبو عبد الله محمد بن محمد بن محمود (البابرتي)، العناية شرح الهداية، دار الفكر، (بدون طبعة).
- 42- أبو عبد الله محمد بن يوسف العبدري (المواق المالكي)، التاج والإكليل لمختصر خليل، دار الكتب العلمية، ط1: 1416هـ- 1994م.
- 43- أبو عمر يوسف بن عبد الله (النمري)، الكافي في فقه أهل المدينة، تح: محمد أحمد ولد ماديك، مكتبة الرياض الحديثة - الرياض، ط2: 1400هـ- 1980م.
- 44- أبو محمد جمال الدين عبد الرحيم بن الحسن (الإسنوي)، نهاية السؤل شرح منهاج الوصول، دار الكتب العلمية - بيروت، ط1: 1420هـ- 1999م.
- 45- أبو محمد جمال الدين عبد الرحيم بن الحسن (الإسنوي)، التمهيد في تخريج الفروع على الأصول، تحقيق: د/ محمد حسن هيتو، مؤسسة الرسالة- بيروت، ط1: 1400هـ.
- 46- أبو محمد جمال الدين علي بن أبي يحيى، اللباب في الجمع بين السنة والكتاب، تحقيق: د/ محمد فضل عبد العزيز المراد، دار القلم، الدار الشامية- دمشق، بيروت، ط2: 1414هـ- 1994م.
- 47- أبو محمد عبد الوهاب بن علي (البغدادي)، التلقين في الفقه المالكي، تحقيق: محمد أبو خبزة، دار الكتب العلمية، ط1: 1425هـ- 2004م.
- 48- أبو محمد علي بن أحمد (ابن حزم الظاهري)، المحلى بالآثار، دار الفكر - بيروت، (بدون طبعة).
- 49- أبو محمد موفق الدين عبد الله (ابن قدامة المقدسي)، الكافي في فقه الإمام أحمد، دار الكتب العلمية، ط1: 141هـ- 1994م.
- 50- أبو محمد موفق الدين عبد الله (ابن قدامة المقدسي)، روضة الناظر وجنة المناظر في أصول الفقه على مذهب الإمام أحمد بن حنبل، مؤسسة الريان، ط2: 1423هـ- 2002م.
- 51- أبو محمد موفق الدين عبد الله بن أحمد (ابن قدامى المقدسي)، المغني، مكتبة القاهرة، (بدون طبعة).
- 52- أحمد بن علي أبو بكر الرازي (الجصاص)، الفصول في الأصول، وزارة الأوقاف الكويتية، ط2: 1414هـ- 1994م.
- 53- الإمام الشافعي، مرجع سابق، ج3، ص/ 240. محمد بن أحمد (شمس الأئمة السرخسي)، المبسوط، دار المعرفة - بيروت، ط: 1414هـ- 1993م.

- 54- الإمام مالك بن أنس برواية الإمام سحنون بن سعيد التتوخي عن الإمام عبد الرحمان بن قاسم، المدونة الكبرى، دار الكتب العلمية، ط1: 1415هـ - 1994م.
- 55- تاج الدين عبد الوهاب بن تقي الدين (السبكي)، الأشباه والنظائر، دار الكتب العلمية، ط1: 1411هـ - 1991م.
- 56- جلال الدين عبد الرحمان بن أبي بكر (السيوطي)، الأشباه والنظائر، دار الكتب العلمية، ط1: 1411هـ - 1990م.
- 57- حسن بن عمر بن عبد الله السيناوي، الأصل الجامع لإيضاح الدرر المنظومة في سلك جمع الجوامع، مطبعة النهضة- تونس، ط1: 1928م.
- 58- خليل بن إسحاق بن موسى المالكي، مختصر العلامة خليل، تحقيق: أحمد جاد، دار الحديث- القاهرة، ط1: 1426هـ - 2005م.
- 59- د/ أحمد فراج حسين، المدخل للفقهاء الإسلاميين تاريخ الفقه الإسلامي الملكية ونظرية العقد، منشورات الحلبي الحقوقية- بيروت، ط: 2002.
- 60- د/ عبد الحليم عبد اللطيف القوني، حسن النية وأثره في التصرفات، دار المطبوعات الجامعية - الإسكندرية، ط: 2004 م
- 61- د/ عبد الرزاق السنهوري، مصادر الحق في الفقه الإسلامي، منشورات الحلبي الحقوقية- لبنان، ط2: 1998م.
- 62- د/ علي محي الدين علي القره داغي، مبدأ الرضا في العقود، دار البشائر الإسلامية- بيروت، ط2: 1414هـ - 1994م.
- 63- د/ عمر مصطفى جبر إسماعيل، ضمانات الاستثمار في الفقه الإسلامي وتطبيقاتها المعاصرة، دار النفائس- الأردن، ط1: 1430هـ - 2010م.
- 64- د/ محمد الزحيلي، النظريات الفقهية، الدار الشامية- بيروت، دار القلم- دمشق، ط1: 1414هـ - 1993م.
- 65- د/ محمد عثمان شبير، المدخل إلى فقه المعاملات المالية، دار النفائس- الأردن، ط1: 2004م.
- 66- د/ محمد عثمان شبير، المعاملات المالية المعاصرة في الفقه الإسلامي، دار النفائس- الأردن، ط6: 1427هـ - 2007م.
- 67- د/ محمد كمال الدين إمام، نظرية الفقه في الإسلام، المؤسسة الجامعية للدراسات والنشر والتوزيع- بيروت، ط: 1418هـ - 1998م.

- 68- زكريا بن محمد بن زكريا الأنصاري، أسنى المطالب في شرح روض الطالب ومعه حاشية الرملي الكبير، دار الكتاب الإسلامي، (بدون طبعة).
- 69- زين الدين أحمد بن عبد العزيز (المعبري)، فتح المعين بشرح قرّة العين بمهمات الدين، دار لبن حزم، ط1، (بدون تاريخ الطبع).
- 70- زين الدين بن إبراهيم ابن نجيم، البحر الرائق شرح كنز الدقائق ومنحة الخالق، دار الكتاب الإسلامي، (بدون طبعة).
- 71- زين الدين عبد الرحمان بن أحمد (ابن رجب)، القواعد لابن رجب، دار الكتب العلمية، (بدون طبعة).
- 72- سعد الدين محمد الكبي، المعاملات المالية المعاصرة في ضوء الإسلام، المكتب الإسلامي، ط1: 1423هـ - 2002م.
- 73- شمس الأئمة محمد بن أحمد (السرخسي)، أصول السرخسي، دار المعرفة- بيروت، ط1: 1424هـ - 2004م.
- 74- شمس الدين محمد بن أبي العباس (الرملي)، نهاية المحتاج إلى شرح المنهاج، دار الفكر- بيروت، ط: 1404هـ - 1984م.
- 75- شمس الدين محمد بن أحمد (الخطيب الشربيني)، مغني المحتاج إلى معرفة معاني ألفاظ المنهاج، دار الكتب العلمية، ط1: 1415هـ - 1994م.
- 76- عبد الرحمان بن صلح العبد اللطيف، القواعد والضوابط الفقهية المتضمنة للتيسير، عمادة البحث العلمي بالجامعة الإسلامية- المدينة المنورة، ط1: 1423هـ - 2003م.
- 77- عبد الرحمان بن محمد بن سليمان (داماد أفندي)، مجمع الأنهر في شرح ملتقى الأبحر، دار إحياء التراث العربي، (بدون طبعة).
- 78- عبد الرحمان بن محمد عوض الجزيري، الفقه على المذاهب الأربعة، دار الكتب العلمية - بيروت، ط2: 1424هـ - 2003م.
- 79- عبد الكريم بن علي بن محمد النملة، المذهب في علم أصول الفقه المقارن، مكتبة الرشد- الرياض، ط1: 1420هـ - 1999م.
- 80- عبد الكريم بن محمد (الرافعي)، فتح العزيز بشرح الوجيز، دار الفكر، (بدون طبعة).
- 81- علاء الدين أبو بكر بن مسعود(الكاساني)، بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع، دار الكتب العلمية، ط2: 1406هـ - 1986م.

- 82- علاء الدين عبد العزيز بن أحمد بن محمد (البخاري)، كشف الأسرار شرح أصول البزدوي، دار الكتاب الإسلامي، (بدون طبعة).
- 83- فخر الدين عثمان بن علي (الزيلعي)، تبين الحقائق شرح كنز الدقائق وحاشية الشلبي، المطبعة الكبرى الأميرية- بولاق: القاهرة، ط1: 1313هـ.
- 84- القاضي أبو يعلى محمد بن الحسين (ابن الفراء)، العدة في أصول الفقه، تحقيق وتعليق: د/أحمد بن علي بن سير المباركي، (بدون دار النشر)، ط2: 1410هـ - 1990م.
- 85- القاضي محمد بن عبد الله أبو بكر (ابن العربي)، المحصول في أصول الفقه، تحقيق: حسين علي البدري، سعيد فودة، دار البيارق- عمان، ط1: 1420هـ - 1099م.
- 86- كمال الدين محمد بن عبد الواحد (ابن الهمام)، فتح القدير، دار الفكر، (بدون طبعة).
- 87- لجنة علماء برئاسة نظام الدين البلخي، الفتاوى الهندية، دار الفكر، ط2: 1310هـ.
- 88- محفوظ بن أحمد بن الحسن (أبو الخطاب الكالوذاني)، الهداية على مذهب الإمام أبي عبد الله أحمد بن محمد بن حنبل الشيباني، تحقيق: عبد اللطيف هميم، ماهر ياسين الفحل، مؤسسة غراس للنشر والتوزيع، ط1: 1425هـ - 2004م.
- 89- محمد أمين ابن عبد العزيز (ابن عابدين)، رد المحتار على الدار المختار، دار الفكر- بيروت، ط2: 1412هـ - 1992م.
- 90- محمد بن أحمد بن عرفة (الدسوقي)، حاشية الدسوقي على الشرح الكبير، دار الفكر، (بدون طبعة).
- 91- محمد بن صالح بن محمد (العثيمين)، الشرح الممتع على زاد المستنقع، دار ابن الجوزي، ط1: 1422هـ - 1428هـ.
- 92- محمد بن عبد الله (الخرشي)، شرح مختصر خليل للخرشي، دار الفكر للطباعة- بيروت، (بدون طبعة).
- 93- محمد بن علي بن محمد بن عبد الله (الشوكاني)، نيل الأوطار، تحقيق: عصام الدين الصبابطي، دار الحديث- مصر، ط1: 1413هـ - 1993م.
- 94- محمد بن فرامرز بن علي (ملا خسرو)، درر الحكام شرح غرر الأحكام، دار إحياء الكتب العربية، (بدون طبعة).
- 95- محمد بن قاسم الأنصاري (الرصاع)، الهداية الكافية الشافية لبيان حقائق الإمام ابن عرفة، المكتبة العلمية، ط1: 1350هـ.

96- محمد سكمال المجاجي، أحكام عقد البيع في الفقه الإسلامي المالكي، دار ابن حزم- بيروت، ط1: 1422هـ- 2001م.

97- محمد سكمال المجاجي، المذهب من الفقه المالكي وأدلته، دار القلم- دمشق، عالم المعرفة- الجزائر، ط: 1433هـ- 2012م.

98- مصطفى بن سعد بن عبده، مطالب أولي النهى في شرح غاية المنتهى.

99- منصور بن يونس (البهوتي الحنبلي)، كشف القناع عن متن الإقناع، دار الكتب العلمية، (بدون طبعة).

100- د/ مصطفى أحمد الزرقا، المدخل الفقهي العام، دار الفكر، ط9: 1967- 1968م.

رابعاً/ كتب العقيدة:

1 أبو حامد محمد بن محمد (الغزالي)، إحياء علوم الدين، دار المعرفة- بيروت، (بدون طبعة).

2- محمد بن أبي بكر بن أيوب (ابن قيم الجوزية)، إعلام الموقعين عن رب العالمين، تحقيق: محمد عبد السلام إبراهيم، دار الكتب العلمية- بيروت، ط1: 1411هـ- 1991م.

خامساً/ كتب اللغة العربية والمعاجم ولغة الفقه:

1- أبو الحسن علي بن إسماعيل بن سيدة المرسي، المحكم والمحيط الأعظم، تحقيق: عبد الحميد هنداوي، دار الكتب العلمية- بيروت، ط: 1421هـ- 2000م.

2- أبو الحسن علي بن إسماعيل بن سيده المرسي، المخصص، تحقيق: خليل إبراهيم جفال، دار إحياء التراث العربي- بيروت، ط1: 1417هـ- 1996م.

3- أبو الحسين أحمد بن فارس (ابن فارس)، مجمل اللغة لابن فارس، تحقيق: زهير عبد المحسن سلطان، مؤسسة الرسالة- بيروت، ط2: 1406هـ- 1986م.

4- أبو الحسين أحمد (ابن فارس)، معجم مقاييس اللغة، تحقيق: د/عبد السلام محمد هارون، دار الجيل- بيروت، ط1: 1411هـ- 1991م.

5- أبو السعادات مجد الدين المبارك بن محمد (ابن الأثير)، النهاية في غريب الحديث والأثر، تحقيق: طاهر أحمد الزاوي، محمود محمد الطناحي، المكتبة العلمية- بيروت، ط: 1399هـ- 1979م.

6- أبو العباس أحمد بن محمد بن علي (الفيومي)، المصباح المنير في غريب الشرح الكبير، الكتبة العلمية- بيروت، (بدون طبعة).

7- أبو الفيض محمد بن محمد (مرتضى الزبيدي)، تاج العروس من جواهر القاموس، تحقيق: مجموعة من المحققين، دار الهداية، (بدون طبعة).

- 8- أبو القاسم الحسين بن محمد (الراغب الأصفهاني)، المفردات في غريب القرآن، تحقيق: صفوان عدنان الداودي، دار القلم، الدار الشامية- دمشق، بيروت، ط1: 1412هـ.
- 9- أبو القاسم علي بن جعفر بن علي (ابن قطاع السعدي)، كتاب الأفعال، عالم الكتب ط: 1401هـ- 1983م.
- 10- أبو بكر محمد بن الحسن ابن دريد (الأزدي)، جمهرة اللغة، تحقيق: رمزي منير بعلبكي، دار العلم للملايين - بيروت، ط1: 1987م.
- 11- أبو عبد الرحمان الخليل بن أحمد (الفراهيدي)، كتاب العين، تحقيق: د/ مهدي المخزومي، د/ إبراهيم السامرائي، دار ومكتبة الهلال، (بدون طبعة).
- 12- أبو عبد الله زين الدين محمد بن أبي بكر (الرازي)، مختار الصحاح، تحقيق: يوسف الشيخ محمد، المكتبة العصرية، الدار النموذجية- بيروت، صيدا، ط5: 1420هـ - 1999م.
- 13- أبو منصور محمد بن أحمد (الهروي)، تهذيب اللغة، تحقيق: محمد عوض مرعب، دار إحياء التراث العربي- بيروت، ط1: 2001م.
- 14- أبو نصر إسماعيل بن حماد (الفرايبي)، الصحاح تاج اللغة وصحاح العربية، تحقيق: أحمد عبد الغفور عطار، دار العلم للملايين- بيروت، ط1: 1407هـ - 1987م.
- 15- جمال الدين ابن منظور، لسان العرب، دار صادر- بيروت، ط 3: 1414هـ.
- 16- د/ أحمد مختار عبد الحميد عمر، معجم اللغة العربية المعاصرة، عالم الكتب، ط 1: 1429هـ- 2008م.
- 17- د/ سعدي أبو حبيب، القاموس الفقهي لغة واصطلاحا، دار الفكر، دمشق، ط 2: 1408هـ - 1988م.
- 18- د/ محمد رواس قلعة جي، د/ حامد صادق قنبي، معجم لغة الفقهاء، دار النفائس، ط2: 1408هـ - 1988م.
- 19- رينهارت بيتر أن دوزي، تكملة المعاجم العربية، وزارة الثقافة والإعلام- الجمهورية العراقية، ط 1: 1979م.
- 20- علي بن محمد (الجرجاني)، كتاب التعريفات، تحقيق: مجموعة من العلماء بإشراف الناشر، دار الكتب العلمية - بيروت، ط1: 1403هـ - 1983م.
- 21- مجد الدين الفيروز آبادي، القاموس المحيط، تحقيق: مكتب تحقيق التراث في مؤسسة الرسالة، مؤسسة الرسالة- بيروت، ط8: 1426هـ - 2005م.

سادسا/ كتب التراجم:

- 1- أبو العباس شمس الدين أحمد بن محمد (ابن خلكان البرمكي)، وفيات الأعيان وأنباء أبناء الزمان، تحقيق: إحسان عباس، دار صادر - بيروت، طه: 1900م.

الفهارس

* فهرس الآيات القرآنية

* فهرس الأحاديث النبوية والآثار

* فهرس القواعد الفقهية والمقاصدية

* فهرس المحتويات

أولاً/ فهرس الآيات القرآنية:

الآية	السورة	رقم الآية	الصفحة
﴿يَسْأَلُونَكَ عَنِ الْخَمْرِ وَالْمَيْسِرِ قُلْ فِيهِمَا إِثْمٌ كَبِيرٌ وَمَنْفَعٌ لِلنَّاسِ﴾	البقرة	219	25
﴿وَاحِلَ اللَّهِ الْبَيْعَ وَحَرَّمَ الرِّبَا﴾	البقرة	275	47
﴿وَإِنْ كَانَتْ ذُو عُسْرَةٍ فَنَظِرَةٌ إِلَىٰ مَيْسَرَةٍ﴾	البقرة	280	116 - 114
﴿يَأْتِيهَا الَّذِينَ ءَامَنُوا إِذَا تَدَايَنْتُمْ بِيَدَيْنِ إِلَىٰ أَجَلٍ مُّسَمًّى﴾	البقرة	282	108
﴿وَأَشْهَدُوا إِذَا تَبَايَعْتُمْ﴾	البقرة	282	45
﴿مَنْ بَعَدَ وَصِيَّةٍ يُوصَىٰ بِهَا أَوْ دِينَ﴾	النساء	12	108
﴿يَأْتِيهَا الَّذِينَ ءَامَنُوا لَا تَأْكُلُوا أَمْوَالِكُمْ بَيْنَكُمْ بِالْبَاطِلِ إِلَّا أَنْ تَكُونَ تِجَارَةً عَنْ تَرَاضٍ مِّنْكُمْ﴾	النساء	29	45 - 24
﴿يَأْتِيهَا الَّذِينَ ءَامَنُوا أَوْفُوا بِالْعُقُودِ﴾	المائدة	01	-45 - 19 51
﴿وَتَعَاوَنُوا عَلَىٰ الْبِرِّ وَالتَّقْوَىٰ وَلَا تَعَاوَنُوا عَلَىٰ	المائدة	02	29

			﴿الْإِثْمِ وَالْعُدْوَانِ﴾
08	07	المائدة	﴿وَمِيثَاقَهُ الَّذِي وَاثَقَكُمْ بِهِ﴾
18	89	المائدة	﴿بِمَا عَقَدْتُمْ الْأَيْمَانَ﴾
03	60	التوبة	﴿وَالْعَمَلِينَ عَلَيْهَا﴾
22	80	هود	﴿قَالَ لَوْ أَنَّ لِي بِكُمْ قُوَّةً أَوْ آوِي إِلَى رُكْنٍ شَدِيدٍ﴾
51-19	34	الإسراء	﴿وَأَوْفُوا بِالْعَهْدِ إِنَّ الْعَهْدَ كَانَ مَسْئُولًا﴾
14	107	الأنبياء	﴿وَمَا أَرْسَلْنَاكَ إِلَّا رَحْمَةً لِّلْعَالَمِينَ﴾
11	07	الروم	﴿يَعْلَمُونَ ظَهْرًا مِّنَ الْحَيَاةِ الدُّنْيَا وَهُمْ عَنِ الْآخِرَةِ هُمْ غَافِلُونَ﴾
60	07	الحشر	﴿وَمَا آتَاكُمْ الرَّسُولُ فَخُذُوهُ وَمَا نَهَاكُمْ عَنْهُ فَانْتَهُوا﴾

ثانيا/ فهرس الأحاديث النبوية والآثار:

الصفحة	طرف الحديث أو الأثر
46	«إذا اختلف المتبايعان ليس بينهما شاهد استحلّف البائع، ثم كان المبتاع بالخيار؛ إن شاء أخذ، وإن شاء ترك»
52	«إذا بايعت، فقل لا خلاية»
48	اشترى طلحة بن عبيد الله من عثمان ابن عفان مالا، فقيل لعثمان: إنك قد غبنت، وكان المال بالكوفة
106	«...ألا لا تظلموا، ألا لا تظلموا، ألا لا تظلموا، إنه لا يحل مال امرئ إلا بطيب نفس منه»
112	أما بعد، أيها الناس، فإن الأسيفع، أسيفع جهينة رضي من دينه وأمانته أن يقال: "سبق الحاج
29	«إن الله تجاوز لأمتي عما وسوست، أو حدثت به أنفسها، ما لم تعمل به، أو تتكلم»
14	«إن الله يحب إذا عمل أحدكم عملا أن يتقنه»
102	أن النبي صلى الله عليه وسلم أعطاه دينارا ليشتري له شاة أضحية، فاشتري به شاتين
03	أن رسول الله صلى الله عليه وسلم دفع إلى يهود خيبر نخل خيبر وأرضها، على أن يعتملوها من أموالهم
118	«إن لصاحب الحق اليد واللسان»
30	«إنما الأعمال بالنيات، وإنما لكل امرئ ما نوى...»
28 - 12	«إنما أنا بشر مثلكم، وأنكم تختصمون إلي، ففعل بعضكم أن يكون ألحن بحجته من بعض، فأقضي له على نحو ما أسمع منه...»
21	«إني قد بعثتك على أهل الله أهل مكة، فانهم عن بيع ما لم يقبضوا، وعن ربح ما لم يضمّنوا»
29	«إني لم أؤمر أن أنقب عن قلوب الناس، ولا أشق بطونهم»
123 - 111	«أيما رجل باع سلعة فأدرك سلعته بعينها عند رجل، وقد أفلس، ولم يكن قبض من ثمنها شيئا فهي له...»

44	«البيعان بالخيار ما لم يتفرقا، أو يقول أحدهما لصاحبه اختر»
86	«البيعان بالخيار ما لم يتفرقا، فإن صدقا وبينا بورك لهما في بيعهما، وإن كذبا وكتما محقت بركة بيعهما»
01	خذ ما أعطيت فإنني عملت على عهد رسول الله صلى الله عليه وسلم فعملني
05	خذه، فإما أن تموله، وإما أن تصدق به، وما آتاك الله من هذا المال وأنت غير مشرف عليه ولا سائله، فخذ
120	«...خذوا ما وجدتم، ليس لكم إلا ذلك»
118	«...دعوه فإن لصاحب الحق مقالا»
14	«الراحمون يرحمهم الرحمان، ارحموا من في الأرض يرحمكم من في السماء»
106	«على اليد ما أخذت حتى ترده»
60	«...فإذا نهيتكم عن شيء فاجتنبوه، وإذا أمرتكم بالأمر فأتوا منه ما استطعتم»
111	كان معاذ بن جبل شابا جميلا سمحا من خيرة شباب قومه، لا يسأل شيئا إلا أعطاه، حتى أدان دينا أغلق ماله
103	«لا تبع ما ليس عندك»
61	«لا تبيعوا الذهب بالفضة إلا مثلا بمثل، ولا تشفوا بعضا على بعض،...»
65	«لا ضرر ولا ضرار»
13	«لا يؤمن أحدكم حتى يحب لأخيه ما يحب لنفسه»
108	«اللهم إني أعوذ بك من المأثم والمغرم»
117	«لي الواجد يحل عرضه وعقوبته»
19	«ما بال أقوام يشترطون شروطا ليست في كتاب الله، من اشترط شرطا ليس في كتاب الله فليس له، وإن اشترط مائة شرط»
86	«ما هذا يا صاحب الطعام؟» قال: أصابته السماء يا رسول الله، قال صلى الله عليه وسلم: «أفلا جعلته فوق الطعام كي يراه الناس، من غش فليس مني»

52	«المتبايعان بالخيار ما لم يتفرقا، إلا أن تكون صفقة خيار، ولا يحل له أن يفارق صاحبه خشية أن يستقبله»
86	«المسلم أخو المسلم، ولا يحل لمسلم باع من أخيه بيعا فيه عيب إلا بينه له»
46 - 19	«المسلمون عند شروطهم»
20	«من ابتاع طعاما، فلا يبعه حتى يقبضه»
60	«من أحدث في أمرنا هذا ما ليس فيه فهو رد»
48	«من اشترى شيئا لم يره فهو بالخيار إذا رآه، إن شاء أخذه، وإن شاء ترك»
48	«نهى رسول الله صلى الله عليه وسلم عن بيع الحصاة، وعن بيع الغرر»

ثالثاً/ فهرس القواعد الفقهية والمقاصدية:

الصفحة	القاعدة
72	إعمال الكلام أولى من إهماله
73	العبرة في العقود للمقاصد والمعاني لا للألفاظ والمباني
87	كل ما أوجب نقصان القيمة في عادة التجار فهو عيب
56	النهى عن التصرفات والعقود المفيدة لأحكامها هل يقتضي فسادها؟
28	هل الاعتبار بظواهر الألفاظ والعقود، وإن ظهرت المقاصد والنيات بخلافها، أم للمقصود والنيات تأثير يوجب الالتفات إليها، ومراعاة جانبها؟

رابعاً/ فهرس المحتويات:

الصفحة	المحتوى
أ	المقدمة
02	المبحث التمهيدي المبحث التمهيدي: مفهوم حماية الثقة في
02	المطلب الأول: معنى المعاملات المالية
02	البند الأول: تعريف المعاملات
04	البند الثاني: تعريف المالية
06	البند الثالث: تعريف المعاملات المالية
07	المطلب الثاني: حقيقة حماية الثقة في المعاملات المالي
07	الفرع الأول: معنى حماية الثقة في المعاملات المالية
07	البند الأول: تعريف الحماية
08	البند الثاني: تعريف الثقة
08	البند الثالث: تعريف حماية الثقة في المعاملات المالية
09	الفرع الثاني: المصطلحات القريبة وذات الصلة بالثقة في المعاملات المالية
09	البند الأول: بيوع الأمانة
10	البند الثاني: استقرار التعامل
11	البند الثالث: الأسباب الظاهرة الدالة على التصرف
12	المطلب الثالث: أهمية حماية الثقة في المعاملات المالية
13	الفرع الأول: أثر حماية الثقة في المعاملات المالية على الجانب النفسي للمتعاقدين
13	الفرع الثاني: دور حماية الثقة في المعاملات المالية في تنمية مكارم الأخلاق
14	الفرع الثالث: دور حماية الثقة في المعاملات المالية في تحقيق العدالة بين المتعاقدين
15	الفرع الرابع: دور حماية الثقة في تيسير المعاملات المالية الحديثة

17	الفصل الأول: التأسيس الشرعي لحماية الثقة في المعاملات المالية
17	المبحث الأول: بنية العقد ودلالاتها على حماية الثقة في المعاملات المالية
17	المطلب الأول: معنى العقد ودلالته على حماية الثقة في المعاملات المالية
17	الفرع الأول: تعريف العقد والمعاني المستفادة منه
17	البند الأول: تعريف العقد
18	البند الثاني: المعاني المستفادة من تعريف العقد
21	الفرع الثاني: دلالة معنى العقد على حماية الثقة في المعاملات المالية
21	المطلب الثاني: أركان العقد ودلالاتها على حماية الثقة في المعاملات المالية
21	الفرع الأول: أركان العقد
21	البند الأول: معنى الركن
22	البند الثاني: خلاف الفقهاء في عدد أركان العقد وأثره في بعض الفروع الفقهية
25	الفرع الثاني: دلالة أركان العقد على حماية الثقة في العقود
26	المطلب الثالث: الباعث على التعاقد ودلالته على حماية الثقة في المعاملات المالية
26	الفرع الأول: الباعث على التعاقد
26	البند الأول: معنى الباعث
26	البند الثاني: خلاف الفقهاء في الاعتداد بالباعث
32	الفرع الثاني: دلالة الباعث على التعاقد على حماية الثقة في المعاملات المالية
32	المطلب الرابع: لزوم العقد ودلالته على حماية الثقة في المعاملات المالية
33	الفرع الأول: لزوم العقد
33	البند الأول: معنى لزوم العقد وأنواع العقود اللازمة
34	البند الثاني: شروط لزوم عقد البيع وثمرة الخلاف فيها
41	الفرع الثاني: دلالة لزوم العقد على حماية الثقة في المعاملات المالية
42	المطلب الخامس: الخيارات في العقود ودلالاتها على حماية الثقة في المعاملات المالية
42	الفرع الأول: الخيارات في العقود
42	البند الأول: معنى الخيار
43	البند الثاني: أنواع الخيارات
53	البند الثالث: قواعد عامة خاصة بالخيارات
54	الفرع الثاني: دلالة الخيارات على حماية الثقة في المعاملات المالية

56	المبحث الثاني: البطلان والفساد ودلالاتهما على حماية الثقة في المعاملات المالية
56	المطلب الأول: قاعدة "اقتضاء النهي الفساد" ودلالاتها على حماية الثقة في المعاملات المالية
56	الفرع الأول: اقتضاء النهي الفساد
56	البند الأول: معنى البطلان والفساد والنهي
59	البند الثاني: خلاف الفقهاء في مقتضى النهي
65	الفرع الثاني: دلالة مقتضى النهي على حماية الثقة في المعاملات المالية
66	المطلب الثاني: الأحكام الاستثنائية للبطلان الدالة على حماية الثقة في المعاملات المالية
66	الفرع الأول: تفريق الصفقة ودلالته على حماية الثقة في المعاملات المالية
66	البند الأول: تفريق الصفقة
70	البند الثاني: دلالة تفريق الصفقة على حماية الثقة في المعاملات المالية
70	الفرع الثاني: ضمان المبيع المقبوض ببيع باطل ودلالته على حماية الثقة في المعاملات المالية
71	البند الأول: خلاف الفقهاء في ضمان هلاك المقبوض بعقد باطل
71	البند الثاني: دلالة ضمان المقبوض بعقد باطل على حماية الثقة في المعاملات المالية
72	الفرع الثالث: تحول العقد ودلالته على حماية الثقة في المعاملات المالية
72	البند الأول: أدلة القول بتحول العقد وبعض تطبيقاته
73	البند الثاني: دلالة القول بتحول العقد على حماية الثقة في المعاملات المالية
74	المطلب الثالث: الفساد في المذهب الحنفي ودلالته على حماية الثقة في المعاملات المالية
74	الفرع الأول: الفساد في المذهب الحنفي
74	البند الأول: أصل فكرة العقد الفاسد
76	البند الثاني: الآثار المترتبة على فساد العقد
77	البند الثالث: آراء لغير الحنفية توافق ما ذهب إليه الحنفية في العقد الفاسد
78	الفرع الثاني: دلالة الفساد في المذهب الحنفي على حماية الثقة في المعاملات المالية
80	الفصل الثاني: نطاق حماية الثقة في المعاملات المالية
80	المبحث الأول: حماية الثقة في نطاق احترام الإرادة الحقيقية
80	المطلب الأول: التنازع بين احترام الإرادة الحقيقية واستقرار التعامل

81	الفرع الأول: معنى الإرادة الحقيقية
81	البند الأول: تعريف الإرادة والحقيقية في اللغة
81	البند الثاني: تعريف الإرادة الحقيقية
81	الفرع الثاني: دور حماية الثقة في دفع التنازع بين احترام الإرادة الحقيقية واستقرار التعامل
82	البند الأول: حماية الثقة في حالة الغلط
85	البند الثاني: حماية الثقة في حالة التدليس
88	البند الثالث: حماية الثقة في حالة الإكراه
	المطلب الثاني: مسلك الفقه الإسلامي في التوفيق بين عاملي احترام الإرادة الحقيقية واستقرار التعامل
91	الفرع الأول: نظرة الفقه الإسلامي إلى العاملين وترتيبه لعيوب الإرادة
91	البند الأول: نظرة الفقه الإسلامي إلى العاملين
91	البند الثاني: ترتيب الفقه الإسلامي لعيوب الإرادة
92	الفرع الثاني: وجهة الفقه الإسلامي في التوفيق بين العاملين
95	المبحث الثاني: حماية الثقة في نطاق الملكية الظاهرة
95	المطلب الأول: حماية الثقة في نطاق الوكالة
95	الفرع الأول: معنى الوكالة وأنواعها
95	البند الأول: معنى الوكالة
96	البند الثاني: أنواع الوكالة
96	الفرع الثاني: حماية الثقة بإثبات حقوق العقد للوكيل
96	البند الأول: خلاف الفقهاء في حكم إضافة الوكيل العقد إلى نفسه
97	البند الثاني: الحكم الذي تقتضيه حماية الثقة في حالة إضافة الوكيل العقد إلى نفسه
98	الفرع الثالث: حماية الثقة في حالة تجاوز الوكيل حدود الوكالة
98	البند الأول: خلاف الفقهاء في تصرف الوكيل المجاوز لحدود الوكالة
99	البند الثاني: الحكم الذي تقتضيه حماية الثقة في حالة تجاوز الوكيل حدود الوكالة
100	الفرع الرابع: حماية الثقة في حالة تصرف الوكيل بعد انتهاء الوكالة
100	البند الأول: الأمور التي تفسخ بها الوكالة
101	البند الثاني: الحكم الذي تقتضيه حماية الثقة في تصرف الوكيل بعد فسخ الوكالة
	المطلب الثاني: حماية الثقة في نطاق الفضالة
101	الفرع الأول: معنى الفضالة وموقف الفقهاء من تصرف الفضولي

101	البند الأول: معنى الفضالة
102	البند الثاني: موقف الفقهاء من تصرف الفضولي
103	الفرع الثاني: الحكم الذي تقتضيه حماية الثقة في تصرف الفضولي
104	المطلب الثالث: حماية الثقة في نطاق الاستحقاق بالغصب
105	الفرع الأول: معنى الاستحقاق والغصب وموقف الفقهاء من الاستحقاق بالغصب
105	البند الأول: معنى الاستحقاق والغصب
105	البند الثاني: موقف الفقهاء من الاستحقاق بالغصب
106	الفرع الثاني: الحكم الذي تقتضيه حماية الثقة في حالة الاستحقاق بالغصب
106	البند الأول: الشخص المستحق
107	البند الثاني: المشتري المستحق من يد
108	المبحث الثالث: حماية الثقة في نطاق التفليس
108	المطلب الأول: معنى التفليس و الحجر وأنواع التفليس
108	الفرع الأول: معنى التفليس والحجر
108	البند الأول: معنى التفليس
109	البند الثاني: معنى الحجر
109	الفرع الثاني: أنواع التفليس
110	البند الأول: التفليس العام
110	البند الثاني: التفليس الخاص
	المطلب الثاني: حماية الثقة بالحجر على المدين المفلس
110	الفرع الأول: الحجر على المدين المفلس
110	البند الأول: خلاف الفقهاء في الحجر على المدين المفلس
112	البند الثاني: شروط الحجر على المدين المفلس
114	الفرع الثاني: الحماية التي يكفلها الحجر على المدين للثقة في التعامل معه
115	المطلب الثالث: الآثار المترتبة على التفليس التي تحمي الثقة في التعامل مع المدين
115	الفرع الأول: حماية الثقة بمنع المدين من التصرف في ماله
115	البند الأول: موقف الفقهاء من التصرفات المالية للمدين
116	البند الثاني: الحماية التي يكفلها منع المدين من التصرفات المالية للثقة في التعامل معه
116	الفرع الثاني: حماية الثقة بحبس المدين
117	البند الأول: موقف الفقهاء من حبس المدين

118	البند الثاني: الحماية التي يكفلها حبس المدين للثقة في التعامل معه
118	الفرع الثالث: حماية الثقة ببيع مال المدين وقسمته بين الغرماء
119	البند الأول: موقف الفقهاء من بيع مال المدين وقسمته بين الغرماء
120	البند الثاني: الحماية التي يكفلها بيع مال المدين وقسمته بين الغرماء للثقة في التعامل معه
121	الفرع الرابع: حماية الثقة بحلول الديون المؤجلة على المدين
121	البند الأول: موقف الفقهاء من حلول الديون المؤجلة على المدين
121	البند الثاني: الحماية التي يكفلها حلول الديون المؤجلة على المدين للثقة في التعامل معه
	الفرع الخامس: حماية الثقة باسترداد الدائن عين ماله إذا وجدته في مال المدين
122	البند الأول: موقف الفقهاء من استرداد الدائن عين ماله إذا وجدته في مال المدين
123	البند الثاني: الحماية التي يكفلها استرداد الدائن عين ماله إذا وجدته في مال المدين
124	المطلب الرابع: حماية الثقة بتقييد تصرفات المدين قبل التفليس عند المالكية
124	البند الأول: تقييد تصرفات المدين قبل التفليس عند المالكية
126	الفرع الثاني: الحماية التي يكفلها تقييد تصرفات المدين في ماله قبل التفليس في التعامل معه
128	الخاتمة
132	قائمة المصادر والمراجع
145	الفهارس
145	فهرس الآيات القرآنية
147	فهرس الأحاديث النبوية والآثار
150	فهرس القواعد الفقهية والمقاصدية
151	فهرس المحتويات

ملخص البحث

إن مما يتسم به الفقه الإسلامي، المرونة والإيجابية اللتين تتطلبهما الحياة العملية، فالمعاملات المالية قائمة على أساس مراعاة مصالح المتعاقدين، فضلا عن قيامها على العدل والإنصاف بينهم. وهذا الأخير لا يتحقق إلا بمراعاة الأحوال التي تعتري العقود من جهة، والظروف التي تعتري العاقدين من جهة ثانية، الأمر الذي يضع الفقه الإسلامي أمام تحدٍ كبير في مجابهة الظواهر والصور اللتين تفرضهما الحياة العملية، وهو موقف يدق لاسيما إذا ما وجد تعارض بين مصالح الأطراف المتعاقدة، تحقيقا لاستقرار التعامل، وحماية لثقة الناس بجداولها.

ويأتي هذا البحث لاستقصاء المبادئ والفروع التي تدعم مبدأ حماية الثقة في المعاملات المالية الشرعية، ليتولى صياغتها في قالب نظري يجمع شتاتها، ويزيل اللبس عن مواطن الاشتباه فيها. ويحقق التوازن بين المصالح المتعارضة والمتقابلة، وتظهر أهمية هذا البحث العلمية، في صياغة النموذج النظري الخاص بحماية الثقة في المعاملات المالية، والرجوع إليه في تخريج الصور التطبيقية. أما قيمته العملية فتكمن في معالجته لموضوع بالغ الأهمية، فالمعاملات بين الناس لا تستقر ولا تتحقق مقاصدها إلا بتوافر عنصر الثقة فيها، وثمره هذا الاستقرار تتجلى في ازدهار الاقتصاد ونموه.

وتتلخص إشكالية هذا الموضوع في بحث أساس الحماية التي يوفرها الفقه الإسلامي، لتأمين الثقة في المعاملات المالية، وبيان نطاقها، وتسليط الضوء على أهم التطبيقات العملية التي تتجلى فيها، لأن التوفيق بين المصالح المتعارضة والأطراف الجديرة بالرعاية، أمر يحتاج إلى حكمة ورأي سديد، وهو جوهر هذه الإشكالية التي يتصدى لها هذا البحث تأصيلا وتطبيقا، ليخرج بحلول فقهية تناسب متطلبات الواقع الاقتصادي.

Summary

The islamic jurisprudence is characterised by the flexibility and positivity that are practically required in our life. The financial dealings, in this sense, take into consideration the interests of contractors and the realization of justice and equity between them. To achieve this goal, we should take into account the conditions that afflict the contracts, on the one hand, and the circumstances that come upon the other contractors, on the other hand. Consequently, islamic jurisprudence is brought into a big challenge to confront the different phenomena and situations that may be encountered in the practical life. If there ever exists conflicts between the interests of the contracting parties, sustaining stability and preserving people trust in financial dealings would seem, therefore, very delicate.

This research examines the principles and the branches that support the idea of preserving trust in financial dealings and contextualizes these principles and branches in a theoretical model that gathers the dispersal and eliminates confusion in case of suspicion. As a result, a balance between the conflicting and opposing interests is realised.

The importance of this research relies on forming a referential theoretical sample for preservation of trust in financial dealings . In regard to the practical value of this research, trust which represents the major element in the stability of people's dealings, is the corner stone in the growth and development of economy.

The problematic of the topic is summed up in the search of the foundation of trust preservation provided by the islamic jurisprudence in order to ensure such financial transactions. It, also, highlights the most important practical applications by focusing on reconciliation which is the core of the problematic to come up with doctrinal resolutions that go hand in hand with the economic reality.

Résumé de la recherche

Ce que caractérise la jurisprudence islamique, c'est la flexibilité et la positivité, que requière la vie pratique dans les transactions financières basées sur la prise en compte des intérêts des contractants, ainsi que la réalisation de la justice et de l'équité entre eux. Et ceci ne peut être réalisée qu'en tenant compte des conditions qui affligent les contrats d'une part et les circonstances qui affligent les contractants d'autre part, ce qui met la jurisprudence islamique face à un grand défi à affronter les phénomènes et les images qui s'imposent à la vie pratique, ce qui est une position précise surtout en cas de conflit entre les intérêts des parties contractantes, afin de réaliser la stabilité des transactions, et la protection de la confiance entre les gens.

La présente recherche vient étudier les principes et les branches qui soutiennent le principe de la protection de la confiance dans les transactions financières légitimes pour la formuler dans un modèle théorique regroupant ses éléments et éliminer la confusion en cas de soupçons. Et il réalise l'équilibre entre les intérêts contradictoires et opposés, ce qui montre l'importance de la recherche scientifique dans la formulation du modèle théorique relatif à la confiance dans les transactions financières afin d'en faire une référence dans la pratique. En ce qui concerne sa valeur pratique, elle réside dans l'étude d'un sujet très important, celui des transactions entre les personnes qui ne peuvent se stabiliser et atteindre leurs objectifs que par l'existence de la confiance. Le fruit de cette stabilité se reflète dans une économie croissante et en plein essor.

La problématique de ce sujet se résume dans l'examen de la base sur laquelle repose la jurisprudence islamique, pour assurer la confiance en les transactions financières, et mettre en œuvre les applications pratiques les plus importantes qui s'y reflètent ; parce que la conciliation des intérêts et des parties dignes d'être pris en considération, est une chose qui nécessite sagesse et bon sens.

La véritable problématique que traite cette étude, selon une approche fondée et pratique, est de proposer des solutions jurisprudentielles adéquates aux exigences économiques.